

UiO : **Det juridiske fakultet**

Læren om compensatio lucri cum damno ved heving av tapsbringende avtaler

Kandidatnummer: 732

Leveringsfrist: 25.4.2015

Antall ord: 17944



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Emnet og problembeskrivelse	1
1.2	Læren om <i>compensatio lucri cum damno</i>	1
1.2.1	Erstatning i kontrakt	1
1.2.2	Fradrag for kreditors fordeler	2
1.2.3	Avgrensning av avhandlingens tema	2
1.3	Videre fremstilling	3
2	METODE.....	4
2.1	Innledning	4
2.2	Lovtekst og forarbeider	4
2.3	Rettsavgjørelser.....	4
2.4	Rettsteori	4
2.5	Reelle hensyn	5
3	GRUNNLEGGENDE UTGANGSPUNKTER FOR ERSTATNINGSUTMÅLING I KONTRAKT.....	5
3.1	Innledning	5
3.2	Den positive kontraktsinteresse	5
3.3	Den negative kontraktsinteresse.....	7
4	COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO – RETTSLIG PLASSERING	9
4.1	Innledning	9
4.2	Forankring i differanselæren?	9
4.3	Forankring i erstatningsrettens kompensatoriske formål?	10
4.4	Ingen hovedregel.....	11
4.5	Lærens generelle innhold	12
4.6	Minimumsvilkår for å kreve <i>compensatio</i>	13
4.6.1	Overordnede synspunkter	13
4.6.2	Årsakssammenheng	14
4.6.3	Adekvans	14
4.6.4	Komputabilitet.....	16
4.7	Grunnleggende hensyn ved anvendelsen av prinsippet om <i>compensatio lucri cum damno</i>	20

5	LÆREN OM COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO VED HEVING AV TAPSBRINGENDE AVTALER.....	22
5.1	Fradrag i krav om erstatning for bortkastede normale omkostninger.....	22
5.1.1	Innledning.....	22
5.1.2	Den positive kontraktsinteresse.....	22
5.1.3	Den negative kontraktsinteresse.....	27
5.2	Fradrag i krav om erstatning for ekstraordinære omkostninger.....	34
5.2.1	Den positive og den negative interesse.....	34
5.3	Fradrag ved krav om erstatning for fortjenestetap.....	39
5.3.1	Når kjøper krever erstatning for fortjenestetap.....	39
5.3.2	Når selger krever erstatning for fortjenestetap.....	40
5.4	Fradrag i krav om erstatning for prisforskjell ved dekningstransaksjon.....	40
5.5	Fradrag når kreditor hever en relativt tapsbringende kontrakt uten at debitor fører bevis for at prisen lå over markedspris eller er sunket siden.....	42
6	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....	44
7	LITTERATURLISTE	45
7.1	Litteratur.....	45
7.2	Domsregister	48
7.2.1	Høyesterettsdommer	48
7.2.2	Tingrettsdommer	48
7.2.3	Utenlandske dommer.....	48
7.3	Lov- og forarbeidregister	49

1 Innledning

1.1 Emnet og problembeskrivelse

Avhandlingens hovedproblemstilling er i hvilken grad det skal gjøres fradrag for en kreditors eventuelle fordeler ved erstatningsutmåling i kontrakt. Dette spørsmålet behandles vanligvis under overskriften «*Compensatio lucri cum damno*», heretter *compensatio*, som direkte oversatt betyr *motregning av gevinst i tapet*.¹

Målet med avhandlingen er å redegjøre generelt for læren om *compensatio*, herunder å vurdere nærmere dens rettslige status, samt å vurdere hvilke minimumsvilkår som må være oppfylt for at læren skal komme til anvendelse. Oppgavens hovedanliggende vil være hvordan læren får anvendelse ved erstatningsutmålingen etter heving av en tapsbringende kontrakt.

1.2 Læren om *compensatio lucri cum damno*

1.2.1 Erstatning i kontrakt

Den norske erstatningsretten har et kompensatorisk formål.² En grunnleggende forutsetning for at erstatningsansvar skal komme på tale, er at det foreligger økonomisk tap.³ For kontraktserstatningsretten er det videre, for det første, et krav om at det må foreligge et brudd på en ansvarsbetingende kontraktsrettslig forpliktelse – et ansvarsgrunnlag. Ansvarsgrunnlaget kan enten følge av partenes avtale, eller være en lovfestet eller ulovfestet kontraktsrettslig norm. Foreligger det et brudd på en slik norm, og det er adekvat årsakssammenheng mellom bruddet og kontraktsmotpartens økonomiske tap, sier vi at den skadelidte har et erstatningskrav.

I kontraktserstatningsretten omtales den erstatningssøkende gjennomgående som *kreditor*,⁴ og denne begrepsbruken vil også bli benyttet her. Utgangspunktet er at kreditor skal stilles i den samme situasjon som om den ansvarsbetingende begivenheten ikke hadde funnet sted. Han skal få dekket sitt fulle økonomiske tap. For kontraktserstatningsretten innebærer det enten at kreditor stilles økonomisk som om kontrakten hadde blitt korrekt oppfylt eller, i visse tilfeller, som om kontrakten aldri hadde kommet i stand.

¹ Iversen (2000) s. 733.

² Simonsen (1997) s. 312.

³ Krüger (1989) s. 815.

⁴ Hagstrøm (2011) s. 120-121.

1.2.2 Fradrag for kreditors fordeler

Et spørsmål som oppstår i forlengelsen av ovennevnte utgangspunkt, er i hvilken grad det skal tas hensyn til eventuelle fordeler den ansvarsbetingende begivenheten medfører for kreditor. Dersom erstatningsrettens kompensatoriske formål tas på ordet, sier det seg nærmest selv at det ikke kun kan tas hensyn til påført tap, men også eventuell berikelse. Tas det ikke hensyn til slike fordeler, vil den skadelidte kunne komme *bedre ut* enn om den ansvarsbetingende begivenheten ikke hadde funnet sted. Et slikt resultat ville tilsynelatende komme i konflikt med kontrakterstatningsrettens kompensatoriske formål.⁵ Ofte hevdes det derfor, nærmest som en selvfølge, at det skal gjøres fradrag for alle fordeler og besparelser kreditor har som følge av den ansvarsbetingende begivenhet.⁶ Denne setning, eller rettsregel, anføres da å følge av et prinsipp, som ofte omtales som *compensatio lucri cum damno*.⁷

1.2.3 Avgrensing av avhandlingens tema

Læren om *compensatio* kan teoretisk tenkes å komme til anvendelse på en rekke forskjellige typer av fordeler. Eksempelvis kan en mangel ved en kontraktsgjenstand gi kreditor rett til utbedring, som igjen vil kunne føre til at gjenstanden blir mer verdt. Ved et erstatningskrav på utbedringskostnadene vil det kunne oppstå et spørsmål om verdiøkningen skal gå til fradrag i erstatningsutmålingen.⁸ I avhandlingen vil jeg imidlertid kun fokusere på én spesifikk fordelstype, nemlig den fordel kreditor oppnår ved at et mislighold fører til heving av en tapsbringende kontrakt.

Med tapsbringende kontrakt sikter jeg i det følgende til to ulike typetilfeller:⁹ (i) Enten at en avtale er tapsbringende relativt sett, eller (ii) til at en avtale er tapsbringende absolutt sett. En absolutt tapsbringende avtale er en avtale hvor korrekt oppfyllelse ville ha ført til et netto tap for kreditor. Kreditor oppnår således en økonomisk fordel, en netto gevinst, ved å heve avtalen. En *relativt* tapsbringende avtale er derimot en avtale som *ikke i seg selv* er tapsbringende, men hvor kreditor, ved å slippe fri fra avtalen, får *mulighet* til å inngå en bedre og mer fordelaktig kontrakt. Årsaken til nevnte avgrensing er at spørsmålet om fradrag for fordel ved heving av tapsbringende avtaler både er praktisk viktig og reiser såpass mange interessante og uavklarte spørsmål at det fordrer en selvstendig drøftelse.

⁵ Simonsen (1997) s. 312.

⁶ Stang (1927) s. 321, Woxholth (2000) s.180 flg.

⁷ I Rt. 2013 s. 116 (delikt) premiss 58 omtales læren som et «*allment prinsipp*».

⁸ Woxholth (2000) s. 192-193.

⁹ Iversen (2000) s. 750 flg.

Før jeg går over til å drøfte spørsmålet om fradrag ved heving av en tapsbringende kontrakt, vil det nærmere innholdet av læren om compensatio drøftes på et generelt nivå. Et formål med avhandlingen er å forsøke å klargjøre hvilken rettslig status prinsippet, eller læren, har i norsk kontraktsrett. En gjennomgang av Høyesteretts praksis, vil vise at det langt fra alltid skal foretas fradrag for fordel i norsk rett. Et viktig spørsmål er hva som er de nærmere vilkårene for at fradrag i det hele tatt skal kunne skje. Dette er et spørsmål det hersker uenighet om i den juridiske teori. Som jeg vil komme nærmere tilbake til, vil undertegnede hevde at spørsmålet om fradrag i siste instans beror på *rimelighetsbetraktninger*, eller *rettspolitiske vurderinger*.¹⁰ I forlengelsen av dette vil det bli anført at det ikke er grunnlag for å hevde at utgangspunktet i norsk kontraktsrett er at det skal gjøres fradrag for innvunnet fordel ved heving av en tapsbringende kontrakt.

For virkelig å forstå spørsmålet om fradrag ved heving av en tapsbringende kontrakt, er det videre nødvendig å forstå de grunnleggende utgangspunktene ved erstatningsutmåling i norsk kontraktsrett. Dette fordi de alminnelige utmålingsprinsippene danner de rettslige rammene for at fradrag i det hele tatt skal kunne komme på tale. Avhandlingen vil også vise at de to utmålingsprinsippene det opereres med i kontraktsretten, den negative og den positive kontraktsinteresse, øver avgjørende innflytelse på spørsmålet om hvorvidt det skal gjøres fradrag eller ikke.

1.3 Videre fremstilling

I kapittel 2 vil jeg redegjøre for den metode jeg har benyttet i avhandlingen. Deretter vil jeg i kapittel 3 ta for meg de alminnelige utgangspunkter for erstatningsutmålingen i norsk kontraktsrett. I kapittel 4 følger en drøftelse av hvilken rettslig status prinsippet om compensatio kan sies å ha, herunder hvilke minimumsvilkår som må være til stede for at fordelsfradrag skal kunne komme på tale. I kapitlet knyttes også bemerkninger til de grunnleggende reelle hensyn som gjør seg gjeldende ved spørsmålet om det skal gjøres fordelsfradrag. I kapittel 5 vil jeg ta for meg ulike praktiske typetilfeller ved heving av tapsbringende avtaler hvor spørsmål om fradrag kan tenkes å komme på tale. Avsluttende bemerkninger følger i kapittel 6.

¹⁰ Hagstrøm (2011) s. 577, se også bl.a. Rt. 2013 s. 116 (delikt) avsnitt 59

2 Metode

2.1 Innledning

I avhandlingen vil jeg benytte meg av den alminnelige norske metodelære slik den er utviklet av Høyesterett over tid. I det følgende påpekes enkelte rettskildemessige poeng som ligger til grunn for metodebruken i oppgaven.

2.2 Lovtekst og forarbeider

Temaet avhandlingen tar for seg er i liten grad lovregulert. Derfor vil det sjeldent bli vist til rettskildefaktorer som lovtekst og forarbeider. I den grad forarbeider blir henvist til i avhandlingen vil det som regel være som kunnskapskilde eller for å belyse hva som er en allmenn retts- og verdioppfatning i samfunnet.¹¹ Forarbeidenes rettskildemessige vekt er derfor noe begrenset i forhold til den vekt forarbeider har når de brukes for å få frem hva lovgiver har ment om et spesifikt lovtolkningsproblem.

De rettskildefaktorene det særlig vil bli vist i avhandlingen er derfor rettsavgjørelser, teori og reelle hensyn.

2.3 Rettsavgjørelser

Rettsavgjørelser, og da særlig avgjørelser fra Høyesterett, har sentral betydning som rettskilde ved løsningen av obligasjonsrettslige spørsmål. Hva gjelder vekten til flere av dommene det vil bli vist til, må det likevel bemerkes at svært få av dem inneholder prinsipielle eller generelle uttalelser om de rettsspørsmål dommerne har tatt stilling til. Følgene av dette er at det ofte er uklart hva som har vært dommens reelle begrunnelse, dens *ratio decidendi*, samt hva slags betydning dommen skal ha når et lignende rettsspørsmål oppstår i en senere sak. Dette er noe av grunnen til den forholdsvis brede plass avhandlingen tillegger den juridiske teori.

2.4 Rettsteori

Rettsteorien har særlig to funksjoner på obligasjonsrettens område: Dels forsøker rettsteorien å systematisere rettsstoffet, dels gis det uttrykk for egne meninger og synspunkter om hvordan forskjellige rettsspørsmål bør løses. Begge funksjonene er viktige, men særlig sistnevnte er av stor betydning for avhandlingen her. Selv om den juridiske teori i utgangspunktet har begrenset rettskildemessig vekt, er det liten grunn til å se bort fra et velbegrunnet standpunkt som har

¹¹ Rt. 2009 s. 1412 avsnitt 46.

støtte i en samlet teori. Da avhandlingens tema er kontraktsrett, og den norske kontraktsrett er en del av en større fellesnordisk rettstradisjon,¹² vil også dansk og svensk teori bli gjennomgått. I den grad det er forskjeller mellom norsk, svensk og dansk rett vil dette poengteres.

2.5 Reelle hensyn

Avslutningsvis kan det nevnes at et overordnet hensyn ved løsningen av enhver obligasjonsrettslig tvist er å finne frem til rimelige og hensiktsmessige løsninger.¹³ Disse hensynene omtales i rettskildelæren som *reelle hensyn*. Vurderinger om resultatets godhet spiller en helt dominerende rolle i obligasjonsretten, og da også ved læren om *compensatio*.

3 Grunnleggende utgangspunkter for erstatningsutmåling i kontrakt

3.1 Innledning

For å kreve erstatning i kontraktsforhold må tre vilkår være oppfylt; det må foreligge et ansvarsgrunnlag, det må være adekvat årsakssammenheng mellom ansvarsgrunnlaget og den påførte skaden, og tapet må være erstatningsmessig relevant.¹⁴ Er disse tre vilkår oppfylt kan kreditor kreve erstatning.

Selve erstatningskravet kan tenkes utmålt etter to forskjellige *utmålingsprinsipper*; enten etter den positive kontraktsinteresse (pkt. 3.2), eller etter den negative kontraktsinteresse (pkt. 3.3).¹⁵

3.2 Den positive kontraktsinteresse

Det alminnelige utgangspunkt for et krav om erstatning i kontrakt er at kreditor kan kreve en erstatningssum som stiller ham økonomisk som om han hadde fått riktig oppfyllelse.¹⁶ Dette utmålingsprinsippet omtales som erstatning for den *positive kontraktsinteresse*, eller på engelsk *expectation loss*, altså *forventningsinteressen*.¹⁷ Innberegnet i forventningsinteressen finner man både tap som kreditor har lidt *som følge* av debtors mislighold, samt den tapte fortje-

¹² Tørum (2007) særlig s. 563-565.

¹³ Hagstrøm (2011) s. 42.

¹⁴ Ibid. s. 467 flg., Brækhus (1947) s. 515.

¹⁵ Hagstrøm (2011) s. 539, Brækhus (1947) s. 515.

¹⁶ Hagstrøm (2011) s. 539 og s. 540, Simonsen (1997) s. 301, Arnholm (1966) s. 284-285, Augdahl (1978) s. 234-241.

¹⁷ Hagstrøm (2011) s. 539.

neste. Hvis kreditor får erstattet både det tap han er påført som følge av misligholdet, samt sin tapte fortjeneste, stilles han i samme økonomiske situasjon som om kontrakten hadde blitt korrekt oppfylt, og erstatning etter den positive kontraktsinteresse er således et oppfyllelses-surrogat.¹⁸ Hvis vilkårene for å kunne kreve naturaloppfyllelse ikke er til stede, vil erstatning etter den positive kontraktsinteresse ofte virke som et adekvat, om ikke fullgodt, substitutt for den manglende oppfyllelsen. Således kan det sies at den som krever erstatning etter den positive kontraktsinteresse fastholder avtalen.¹⁹

Denne måten å utmåle erstatning på fordrer at det foretas en hypotetisk vurdering, idet det må avgjøres hvilken økonomisk situasjon kreditor ville vært i om kontrakten hadde blitt korrekt oppfylt. Tradisjonelt har man tatt utgangspunkt i en differansebetraktning – ofte omtalt som differanselæren.²⁰ Etter differanselæren er det differansen mellom det hypotetiske hendelsesforløp, hvori kontrakten hadde blitt korrekt oppfylt, og det hendelsesforløp som rent faktisk har skjedd, som utgjør den erstatningsrettslig relevante skaden. Når denne differansen måles i penger får man tapet. Det er dette tapet kreditor som utgangspunkt har rett på å få erstattet.²¹ For å betegne det hypotetiske sammenligningsgrunnlaget brukes tidvis begrepet *kontraktsverdien*.²² Et viktig spørsmål for ethvert krav på erstatning innenfor den positive kontraktsinteresse blir da å forsøke å fastslå innholdet av kontraktsverdien eller det hypotetiske sammenligningsgrunnlaget. Det er kreditor selv som har bevisbyrden for at han har lidt et økonomisk tap, og følgelig er det kreditor som må sannsynliggjøre det hypotetiske sammenligningsgrunnlaget.²³

Det som hittil er skrevet må imidlertid ikke forstås slik at differanselæren er noen rettsregel som løser ethvert spørsmål om tapsutmåling etter forventningsinteressen.²⁴ Læren tjener imidlertid som et godt utgangspunkt og hjelpemiddel ved erstatningsberegningen.²⁵ Simonsen har beskrevet det slik at differansebetraktningen i første rekke bør *oppfattes «som en logisk strukturering av stoffet, som må suppleres med rettslige avveininger»*.²⁶ Dette synes det å være alminnelige enighet om i den juridiske teori.²⁷ Årsaken til denne presiseringen er at også

¹⁸ Ibid. s. 539.

¹⁹ Ibid. s. 540, se Lassen (1917-1920) s. 414 som særlig fremhevet en slik tankegang.

²⁰ Hagstrøm (2011) s. 537, Simonsen (1997) s. 302, Stang (1927) s. 320-32, Augdahl (1978) s. 237-238, Woxholth (2000) s. 180, Krüger (1989) s. 818-819.

²¹ Hagstrøm (2011) s. 537.

²² Simonsen (1997) s. 302.

²³ Krüger (1989) s. 819.

²⁴ Ibid. s. 818.

²⁵ Hagstrøm (2011) s. 538.

²⁶ Simonsen (1997) s. 302.

²⁷ Hagstrøm (2011) s. 537-538, Iversen (2000) s. 733-734.

andre vurderinger enn rene differansebetraktninger gjør seg gjeldende ved erstatningsutmålingen.

Et viktig spørsmål ved utmålingen av erstatning er eksempelvis hvor fjernt og avledet et tap kan være for at kreditor skal kunne kreve det erstattet. Differanselæren angir ingen grenser for kreditors tapsdekning.²⁸ Like fullt er det på det rene at det gjelder enkelte grenser for hvilket tap kreditor har rett til å få kompensert. Spørsmålet om hvor grensen for kreditors tapsdekningsrett skal gå behandles i erstatningsretten under spørsmålet om *adekvans*. Gjennom rettspraksis kan det sies at kreditor kun kan kreve å få dekket de tapsposter som står i en rimelig nær sammenheng med misligholdet.²⁹ Med andre ord vil han ikke ha rett til å kreve erstatning for tap som anses for fjernt, avledet eller upåregnelig sett i relasjon til misligholdet.

Avvik fra de rene differansebetraktninger kan videre komme på tale på grunn av innvirkning fra kreditor selv, herunder blant annet fordi kreditor har misligholdt sin tapsbegrensningsplikt, fordi kreditor selv har medvirket til tapet, og/eller fordi kreditor har akseptert en særlig risiko. Avslutningsvis kan også nevnes ansvarslemping i tilfeller hvor det må anses urimelig å pålegge debitor et særlig stort erstatningsansvar. Dette viser at selv om differanselæren er en pedagogisk sett nyttig lære, så kan den ikke anvendes som en selvstendig rettsregel. Disse generelle betraktningene om differanselæren gjør seg også gjeldende for det andre utmålingsprinsippet vi opererer med i kontraktsretten – nemlig utmåling etter den *negative kontraktsinteresse*.³⁰

3.3 Den negative kontraktsinteresse

Når kreditor krever erstatning etter den *negative kontraktsinteresse*, krever han *ikke* å bli stilt som om avtalen ble korrekt oppfylt; kreditor ønsker å bli stilt økonomisk som om kontrakten aldri hadde blitt inngått.³¹ Kreditor ønsker således å kreve erstatning for tap han har lidt ved å ha innrettet seg i tillit til avtalen. Den negative kontraktsinteresse benevnes derfor ofte som *tillitsinteressen*, eller på engelsk *reliance interest loss*.³² De tapsposter kreditor har krav på etter den negative kontraktsinteresse, er de beløp han ville ha spart om avtalen aldri kom i

²⁸ Simonsen (1997) s. 306.

²⁹ Rt. 2004 s. 675 avsnitt 65-69.

³⁰ Simonsen (1997) s. 306.

³¹ Hagstrøm (2011) s. 540, Simonsen (1997) s. 301, Fleischer (1959) s. 41, Iversen (2013) s. 450, Brækhus (1947) s. 516, Krokeide (1979) s. 133, Augdahl (1978) s. 245.

³² Simonsen (1997) s. 301, Brækhus (1947) s. 516.

stand, samt den fortjeneste han ville hatt avtalen tenkt borte.³³ Dette innebærer i første rekke forhandlingsutgifter, slutningsutgifter, oppfyllelsesutgifter, samt disponeringstap.³⁴

Med *forhandlingsutgifter* siktes det til omkostninger forut for inngåelsen av avtalen. Disse utgiftene faller strengt tatt ikke inn under den definisjon som hittil er gitt, siden tapet ikke har oppstått fordi parten har stolt på avtalen; tapet er lidet *i håp* om å få sluttet avtalen. Likevel vil forhandlingsutgifter tidvis kunne erstattes innenfor tillitsinteressen.³⁵

Slutningsutgiftene er utgifter som påløper i tilknytning til *inngåelsen* av avtalen; slutningsutgiftene kommer da naturligvis i tid etter forhandlingsutgiftene. Med *oppfyllelsesutgifter* siktes det til de utgiftene kreditor har til forberedelse og gjennomføring av oppfyllelsen av avtalen, og da utgifter som tidsmessig pådras etter slutningsutgiftene. Med *disponeringstap* menes det tap en part har lidet ved å foreta eller unnlate å foreta rettslige disposisjoner i tillit til avtalen.³⁶

Tradisjonelt har muligheten for å kreve erstatning for den positive kontraktsinteresse vært forbeholdt gyldige avtaler, mens erstatning for tillitsinteressen har vært forbeholdt de ugyldige avtaler.³⁷ Fortsatt er nok dette som hovedregel treffende, men både i rettspraksis og teori er det bred enighet om at det foreligger enkelte tilfeller hvor kreditor kan kreve erstatning for den negative kontraktsinteresse også i tilfeller hvor avtalen er gyldig.³⁸ Spørsmålet om kreditor har rett til å kreve erstatning for tillitsinteressen har særlig oppstått ved heving av en gyldig, men tapsbringende kontrakt.³⁹ Kreditor vil i et slikt tilfelle ofte ønske å kreve sine oppfyllelseskostnader erstattet, idet den positive kontraktsinteresse ved en absolutt tapsbringende kontrakt vil være lik null. Et typisk eksempel hvor det er tillatt å kreve erstatning for den negative kontraktsinteresse ved en gyldig kontrakt, er ved debtors mislighold av en biforpliktelse, eller sideforpliktelse,⁴⁰ som etter omstendighetene gir rett til å kreve erstatning.⁴¹ Funksjonelt vil erstatningen da være en del av tillitsinteressen.⁴²

³³ Brækhus (1947) s. 517.

³⁴ Hagstrøm (2011) s. 540-541, Fleischer (1959) s. 42-43, Brækhus (1947) s. 518-523.

³⁵ Brækhus (1947) s. 518-519, Simonsen (1997) s. 305, se også 297-299, Rt. 2002 s. 1110.

³⁶ Hagstrøm (2011) s. 540-541, Brækhus (1947) s. 518-522, Fleischer (1947) s. 42.

³⁷ Ussing (1961) s. 154 flg., Brækhus (1947) s. 517-518, Simonsen (1997) s. 303.

³⁸ Simonsen (1997) s. 318, Augdahl (1978) s. 241-253, fra rettspraksis Rt. 2002 s. 1110 og Rt. 1938 s. 602. Dette ble allerede erkjent av Munch-Petersen (1898) s. 1-35 særlig på s. 23.

³⁹ Simonsen (1997) s. 308, Krüger (1989) s. 813.

⁴⁰ Dette hjelpebegrepet forklares nærmere på s. 28 i avhandlingen.

⁴¹ Simonsen (1997) s. 303, Hagstrøm (2011) s. 540 og s. 542, Augdahl (1978) s. 247, Arnholm (1966) s. 290-291, Fleischer (1959) s. 47-50, Brækhus (1947) s. 530, Rt. 1938 s. 602 og Rt. 2002 s. 1110.

⁴² Simonsen (1997) s. 303, Augdahl (1978) s. 245-246, Brækhus (1947) s. 526.

4 **Compensatio lucri cum damno – rettslig plassering**

4.1 **Innledning**

Prinsippet, eller læren, om *compensatio* går ut på at det ved erstatningsutmålingen *skal* gjøres fradrag for de fordeler kreditor oppnår som en følge av en ansvarsbetingende begivenhet.⁴³ I det følgende skal det sies noe om det rettslige grunnlaget for å hevde at læren gjelder som en hovedregel ved erstatningsutmåling i norsk *kontraktsrett*.

Det første som kan sies om problemstillingen er at vi ikke har noen generell *lovregel* på obligasjonsrettens område som sier at læren om *compensatio* gjelder i norsk rett.⁴⁴ Fraværet av en lovfestet norm er imidlertid ikke noe tungtveiende argument for at en gitt regel ikke gjelder på kontraktsrettens område. Eksempelvis foreligger det ingen lovfesting av det generelle kravet til lojalitet i kontraktsforhold, men på bakgrunn av praksis fra Høyesterett, er det ikke tvil om at en slik rettsregel eksisterer.⁴⁵ Hva gjelder læren om *compensatio* har vi imidlertid ingen uttalelser fra Høyesterett som gir grunnlag for å hevde at vi har en *generell* regel om at det i erstatningsutmålingen skal gjøres fradrag for fordeler kreditor er blitt påført. Årsaken til dette kan være at rettsregelen fremstår som så åpenbar at Høyesterett ikke har funnet behov for å uttale noe generelt om den. Tas det utgangspunkt i kontraktserstatningsrettens kompensatoriske formål, fremstår jo læren om *compensatio* nærmest som en selvfølge. Gjennomgår en relevant rettspraksis, vil en imidlertid måtte konstatere at det tvert imot ikke er noen selvfølge at det skal gjøres fradrag for innvunnet fordel ved erstatningsutmåling i kontrakt. Det foreligger flere avgjørelser fra Høyesterett hvor retten ikke har foretatt noe fordelsfradrag, og denne rettstilstanden er det allmenn enighet om i den juridiske teori. Med andre ord er det ikke trefende å postulere en lære om *compensatio* kun forankret i et standpunkt om at regelen angir et selvfølgelig utgangspunkt.

4.2 **Forankring i differanselæren?**

En annen måte å tilnærme seg problemstillingen, er å forankre *compensatio* som en konsekvens av differanselæren. Etter differanselæren beregnes erstatningen, som nevnt, på bakgrunn av differansen mellom det faktiske og et hypotetisk hendelsesforløp. Tas dette på ordet sier det seg selv at alle fordeler kreditor har som følge av den ansvarsbetingende handling må medregnes ved erstatningsutmålingen.⁴⁶ Det er vanskelig å være uenig i dette. Godtar vi differanselæren, må vi også godta læren om *compensatio*. Fordeler kreditor oppnår faller helt na-

⁴³ Hagstrøm (2011) s. 570, Iversen (2000) s. 733.

⁴⁴ Øvergaard (1951) s. 338.

⁴⁵ Se f.eks. Rt. 1984 s. 28 på s. 34 og Rt. 1988.

⁴⁶ Stang (1927) s. 321-322.

turlig inn under *det faktiske hendelsesforløp*, og differansen mellom det faktiske og det hypotetiske hendelsesforløp minker som en følge av de fordeler kreditor oppnår.

Synspunkter av denne art går igjen i store deler av den juridiske teori. Eksempelvis uttaler Augdahl at «[h]vor misligholdet både har medført skade og gagn, er det selvsagt differansen som representerer oppfyllelsesinteressen».⁴⁷ Som grunnlag for å hevde dette tar Augdahl utgangspunkt i differanselæren. Lignende synspunkter finnes også hos Woxholth og hos Stang.⁴⁸ Stang uttaler det klartest når han skriver at om differanselæren er riktig, så «behøver den sætning, at fordeler trækkes fra tapet, ingen særskilt begrundelse og ingen særskilt lov-hjemmel».⁴⁹ På bakgrunn av dette kan det hevdes at det ikke er overraskende at Høyesterett aldri har funnet det nødvendig å komme med noen generell uttalelse omkring innholdet av læren om *compensatio*; læren anses som en logisk konsekvens av differanselæren.

Det kan imidlertid reises flere innvendinger mot denne argumentasjon. For det første kan det spørres om differanselæren egentlig gir korrekt uttrykk for gjeldende rett. Få moderne teoretikere tar utgangspunkt i at differanselæren gir et korrekt rettslig bilde av erstatningsutmåling.⁵⁰ Som jeg har vært inne på tidligere, er differanselærens rettslige funksjon rent pedagogisk. Når en først erkjenner dette, er det klart at en diskusjon om den rettslige status til læren om *compensatio* ikke kan ta utgangspunkt i differanselæren.⁵¹ Å anføre at det i norsk rett gjelder en rettsregel på bakgrunn av en overforenkling av utgangspunktene for erstatningsutmålingen, er derfor ikke holdbart. Den foreløpige konklusjonen er dermed at læren om *compensatio* ikke kan begrunnes med en henvisning til differanselæren.⁵²

4.3 Forankring i erstatningsrettens kompensatoriske formål?

En annen måte å forankre læren om *compensatio* kan være å vise til erstatningsrettens kompensatoriske formål. Et slikt standpunkt kan igjen sies å være et utslag av alminnelige rettferdighetsbetraktninger.⁵³ Tas det ikke hensyn til de fordeler skadelidte er blitt påført vil den erstatningssøkende kunne komme bedre ut enn om den skadegjørende handlingen ikke hadde funnet sted. Dette må anses å være et tungtveiende argument for at det skal gjøres fradrag for den berikelse skaden har medført for den skadelidte. På bakgrunn av disse betraktninger har

⁴⁷ Augdahl (1978) s. 237.

⁴⁸ Woxholth (2000) s. 180-181, Stang (1927) s. 320-324.

⁴⁹ Stang (1927) s. 321.

⁵⁰ Iversen (2000) s. 734, Hagstrøm (2011) s. 537-538 og s. 568-570, Krüger (1989) s. 818-819.

⁵¹ Hagstrøm (2011) s. 569-570, Iversen (2000) s. 733-734.

⁵² Ussing (1962) s. 172.

⁵³ Woxholth (2000) s. 181, Ussing (1962) s. 172.

en i *deliktserstatningsretten* en klar hovedregel om at berikelse skal gå til fradrag i erstatningsutmålingen.⁵⁴

Derimot kan ikke dette standpunkt utelukkende hevdes å følge som en naturlig forlengelse av erstatningsrettens kompensatoriske formål. For deliktserstatningsretten har vi praksis fra Høyesterett som klart slår fast at læren om *compensatio* skal gjelde. I Rt. 2013 s. 116 uttalte førstvoterende at det er «*et allment prinsipp at det ved utmåling av erstatning som utgangspunkt skal gjøres fradrag for fordeler som skadelidte oppnår («compensatio lucri cum damno»)*».⁵⁵ I kontraktsretten har vi imidlertid ingen slik rettspraksis som uttaler dette i så klare ordlag. Vi har også flere kontraktsrettslige avgjørelser fra Høyesterett hvor det ikke er blitt gjort fradrag for berikelser.

På bakgrunn av den foreliggende rettspraksis samt uttalelser i den juridiske teori, uttaler Lødrup at for kontraktserstatningsretten er spørsmål om fradrag «*atskillig mer nyansert enn i den alminnelige erstatningsrett*».⁵⁶ Et slikt standpunkt er det enkelt å stille seg bak. At ett reelt hensyn, erstatningsrettens kompensatoriske formål, taler for fradrag, gir ikke et godt nok rettskildemessig fundament for å anføre at det gjelder en hovedregel om fradrag i norsk rett.

4.4 Ingen hovedregel

På bakgrunn av det eksisterende rettskildebildet er det etter min vurdering mest treffende å si at det ikke er grunnlag for å hevde at hovedregelen i norsk kontraktserstatningsrett er at det skal gjøres fradrag for medført berikelse.⁵⁷ Den foreliggende rettspraksis fra Høyesterett, samt nyere juridisk teori, tilsier at vurderingen av fradrag i siste instans beror på brede rimelighetsbetraktninger.⁵⁸ I visse tilfeller er det, etter en samlet vurdering, rimelig at det skal gjøres fradrag. I de tilfellene gjøres det også fradrag. For de tilfellene fradrag vil virke urimelig foretas det ikke fradrag for kreditors berikelse.

At det ikke *alltid* skal gjøres fradrag er det også enighet om blant de teoretikere som hevder at fradrag er hovedregelen.⁵⁹ Følgelig beror vurderingen av om det skal gjøres fradrag under enhver omstendighet på avveininger mellom de hensyn som tilsier fradrag og de som tilsier at

⁵⁴ Lødrup (2009) s. 448, se Rt. 2013 s. 116 avsnitt 52.

⁵⁵ Rt. 2013 s. 116 avsnitt 58. Imidlertid ble det ikke gjort noe fradrag i den saken, se avsnitt 59. Se også Rt. 1981 s. 138 på side 145-146.

⁵⁶ Lødrup (2009) s. 449.

⁵⁷ Iversen (2000) s. 803.

⁵⁸ Truyen (2007) s. 160, Hagstrøm (2015) s. 513.

⁵⁹ Woxholth (2000) s. 196 flg.

det ikke gjøres fradrag. Slike avveininger vil kunne slå ut i forskjellige retninger avhengig av det konkrete saksforhold.

4.5 Lærens generelle innhold

Selv om fradragsspørsmål må vurderes konkret for hvert enkelt sakstilfelle, er det likevel mulig å si noe mer generelt om innholdet av læren om compensatio. Etter Iversen, og det må antas også Hagstrøm sitt syn,⁶⁰ bør det oppstilles ulike løsninger for ulike typetilfeller hvor compensatio kan tenkes å komme på tale.⁶¹ Eksempelvis er det enighet i teorien om at det *skal* gjøres fradrag i et krav på utbedringskostnader hvis kontraktsgjenstanden er kommet i bedre stand enn det som var opprinnelig avtalt.⁶² Videre er det enighet om at rene besparelser som oppstår som en nødvendig konsekvens av et hevingsoppgjør skal gå til fradrag i erstatningsutmålingen.⁶³ Det finnes også eksempler i selve kontraktslovgivningen hvor læren om compensatio må anses innbakt i konkrete erstatningsutmålingsregler.

Her kan nevnes reglene om erstatning for prisforskjell ved en gjennomført dekningstransaksjon. Etter kjøpsloven § 68 utgjør erstatningskravet prisdifferansen mellom den opprinnelige avtalen og dekningstransaksjonen. Eksempelvis vil en kjøper som hever kjøpet av en vare til kr. 100, og som gjennomfører en dekningstransaksjon til kr. 120, kunne kreve erstatning på kr. 20. Det er altså kun differansen som kan kreves erstattet, og altså ikke hele summen på kr. 120. Kreditor har følgelig kun et nettokrav. For dette og lignende tilfeller, hvor compensatio-prinsippet følger av de alminnelige erstatningsutmålingsreglene, er det imidlertid ikke naturlig å snakke om compensatio som en egen størrelse.

Både Iversen og Hagstrøm foretar et skille mellom såkalte «normale» og «unormale» tilfeller.⁶⁴ For de «normale» tilfellene, slik som erstatning for prisforskjell ved dekningstransaksjon, oppstår det ikke noe egentlig spørsmål om compensatio; erstatningsutmålingsregelen løser allerede fradragsspørsmålet. Det er kun når det oppstår situasjoner hvor erstatningsutmålingsreglene *ikke* løser spørsmålet om fradrag, at det er naturlig å snakke om compensatio. Og for en rekke av disse «unormale» tilfellene, skal det ikke gjøres fradrag. Her kan eksempelvis nevnes spørsmålet om fradrag for fordel kreditor oppnår ved heving av en tapsbringende kontrakt.

⁶⁰ Hagstrøm (2011) fotnote 74 på side 569.

⁶¹ Iversen (2000) s. 742.

⁶² Hagstrøm (2011) s. 577.

⁶³ Ibid. 570.

⁶⁴ Ibid. s. 570, Iversen (2000) s. 742 flg.

For disse tilfellene er det blitt hevdet at fradrag så godt som alltid vil være utelukket grunnet et eller flere grunnleggende rimelighetshensyn.⁶⁵ Jeg er ikke nødvendigvis helt enig i den påstanden, men det er i hvert fall en rekke tilfeller ved heving av tapsbringende kontrakter hvor fradrag ikke kommer på tale.

I det følgende legges det således til grunn at det i norsk rett ikke er rettskildemessig grunnlag for å hevde at det eksisterer en *generell* lære om *compensatio*. Dermed blir det galt å se på spørsmålet om fradrag som en hovedregel som det kreves særskilte grunner for å gjøre unntak fra.⁶⁶

I det videre vil det først bli foretatt en gjennomgang av de minimumsvilkår som *må* være oppfylt for at fradrag i det hele tatt skal komme på tale. Derneft vil det bli sagt noe om de grunnleggende legislative hensyn som gjør seg gjeldende ved spørsmålet om fradrag for kreditors berikelse. Og til slutt, i kapittel 5, vil jeg ta for meg noen praktisk viktige typetilfeller og se på hvilke konsekvenser læren om *compensatio* får for disse.

4.6 Minimumsvilkår for å kreve *compensatio*

4.6.1 Overordnede synspunkter

Det foreligger ingen høyesterettsavgjørelse som uttrykkelig oppstiller hvilke vilkår som *må* være tilstede for at det skal gjøres fradrag i et erstatningskrav etter læren om *compensatio*. De avgjørelser som foreligger er gjennomgående konkret begrunnede uten noen prinsipielle drøftelser eller generelle uttalelser.⁶⁷ Rene studier av rettspraksis vil derfor ikke kunne gi alle svarene på hva som kreves for å foreta fradrag for innvunnet fordel. I en samstemt juridisk teori er det imidlertid enighet om i hvert fall noen av de minimumsvilkår som *må* være oppfylt for at fradrag skal kunne skje. De vilkår som har vært drøftet i den juridiske teori er:

- Det *må* foreligge årsakssammenheng mellom fordel og misligholdet
- At fordel *må* være en adekvat følge av misligholdet, og
- At fordel og tap *må* være komutable

⁶⁵ Iversen (2000) s. 774.

⁶⁶ Hagstrøm (2011) s. 577.

⁶⁷ Den eneste norske rettsavgjørelsen med prinsipielle synspunkter på vilkårene for fordelsfradrag er meg bekjent TSTAV-1998-401.

Om det første vilkåret, årsakssammenheng, er det full enighet i den juridiske teori.⁶⁸ Hva gjelder vilkåret om adekvans, er alle norsk forfattere utenom Woxholth av den formening at dette er et minimumsvilkår,⁶⁹ mens komputabilitetsbetingelsen, i norsk kontraktserstatningsrett, kun er oppstilt av Hagstrøm.⁷⁰

I tillegg til disse uenighetene om hvilke vilkår som *må* være oppfylt, er det også uenighet i teorien om hvorvidt spørsmålet om fradrag i det konkrete tilfellet beror på rimelighetsbetraktninger eller ikke.

I det følgende vil jeg først redegjøre for hva som ligger i vilkårene om årsakssammenheng, adekvans og komputabilitet, før det avslutningsvis vil bli sagt noe om hvilke hensyn som er de mest sentrale ved løsningen av det overordnede spørsmålet.

4.6.2 Årsakssammenheng

I det at det må være en årsakssammenheng mellom fordelen og misligholdet ligger det at fordelen må være oppstått *som en følge* av misligholdet.⁷¹ At regelen må være slik, synes nokså selvsagt. Det ville vært merkelig om kreditor kunne møtes med et argument om fradrag dersom kreditor har oppnådd en eller annen berikelse som ikke har noen sammenheng med den ansvarsbetingende begivenheten. At den skadelidte har vært heldig og dermed er blitt tilført en økonomisk fordel helt uavhengig av debtors mislighold, medfører derfor ikke at erstatningsansvaret begrenses.

Utgangspunktet er at kreditor selv har bevisbyrden for at det har oppstått et erstatningsmessig relevant økonomisk tap. Men for spørsmålet om kreditor har oppnådd en fordel, snus bevisbyrden over på debitor: Debitor må altså bevise at kreditor er blitt tilført en fordel.⁷²

4.6.3 Adekvans

Den andre minimumsbetingelsen for å gjøre fradrag innebærer at fordeler som skal gå til fradrag, ikke kan være *upåregnelige* etter kontraktsforholdets egenart.⁷³ Uttalelser i en nokså

⁶⁸ Hagstrøm (2011) s. 571, Stang (1927) s. 324 flg., Woxholth (2000) s. 182 flg., Iversen (2000) s. 734, Øvergaard (1951) s. 340.

⁶⁹ Hagstrøm (2011) s. 571 flg., Stang (1927) s. 324 flg., Woxholth (2000) s. 182 flg., Iversen (2000) s. 734-735.

⁷⁰ Hagstrøm (2011) s. 571. Vilket er forlatt i Hagstrøm/Stenvik (2015) s. 512-513.

⁷¹ Hagstrøm (2011) s. 571, Iversen (2000) s. 734, Woxholth (2000) s. 182.

⁷² Hagstrøm (2011) s. 576. Simonsen (1997) s. 316-317 er noe mer forsiktig, men han ender ned på at «[g]ode grunner ... kan tale for en slik» bevisbyrderregel.

samlet juridiske teori tilsier at det er gode grunner for å oppstille et slikt vilkår, men vi har ingen rettspraksis fra Høyesterett som klart slår fast at dette vilkåret skal gjelde. Imidlertid foreligger det avgjørelser fra Høyesterett hvor adekvansbetraktninger er blitt nevnt som et eller flere momenter for hvorfor fradrag ikke kunne skje i den konkrete sak.⁷⁴

Dette prinsipielle spørsmålet var et stridstema i Stavanger tingsrett dom i TSTAV-1998-401. Saken gjaldt tvist om etteroppgjøret ved heving av en kjøpsavtale og driftsavtale mellom selskapene Smedvig og Esso. Retten kom frem til at et av minimumsvilkårene for at det skal gjøres fradrag, foruten årsakssammenheng, er at fordelens anses adekvat: «*Det kan heller ikke være tilstrekkelig å konstatere at det foreligger årsakssammenheng mellom den skadevoldende handling/kontraktsbruddet og den fordel som er oppnådd. Det antas således å være et krav om en viss nærhet mellom tapspost og fordel, uttrykt blant annet som krav om adekvans ...*».⁷⁵ Avgjørelsen er meget grundig, men har som tingrettsdom begrenset rettskildemessig vekt.

Iversen formulerer adekvansvilkåret slik at «*der skal være en vis nærmere forbindelse – ud over den rene årsagsforbindelse – mellem den ansvarsbærende adfærd og den opnåede fordel*».⁷⁶ Å si noen mer generelt om hva som ligger i dette adekvanskravet er vanskelig, og hverken den juridiske teori eller rettspraksis gir holdepunkter for å beskrive adekvansbegrensningen annet enn ved eksempler. Poenget er uansett at helt fjerntliggende fordeler ikke skal gå til fradrag i erstatningsutmålingen.

Et eksempel av Øvergaard er illustrerende.⁷⁷ Eksempelet gjelder en kjøper av ved, som på grunn av forsinket levering ser seg nødt til å dra ut i skogen for å skaffe seg ved selv. Mens han leter etter veden finner han en verdifull mineralforekomst. Det legges til grunn at kjøperen ikke har for vane å lete etter mineralforekomster i skogen, og forsinkelsen er således årsak til kjøperens fordel. Men da fordelens «*klartligvis er en helt inadekvat*»⁷⁸ følge av kontraktsbruddet, kan ikke selgeren kreve at fordelens skal gå til fradrag i kjøpers krav på erstatning ved et senere dekningskjøp. Selv om eksempelet er noe spesielt, er det en god illustrasjon på at det er gode grunner til å ha en adekvansbegrensning; selv om en fordel er forårsaket av debtors mislighold, kan fordelens ha så liten nærhet med kontraktsbruddet at det vil virke lite rimelig å begrense kreditors erstatningskrav.

⁷³ Hagstrøm (2011) s. 571, Simonsen (1997) s. 316, Arnholm (1966) s. 287, Stang (1927) s. 324-327, Øvergaard (1951) s. 340, Nørager-Nielsen (2008) s. 497, Augdahl (1978) s. 242, Platou (1914) s. 598-599. Mot-satt Ussing (1962) s. 173.

⁷⁴ Se eksempelvis Rt. 1903 s. 228 (delikt) og Rt. 1902 s. 811 på s. 813 (ikke tilgjengelig på Lovdata). I Rt. 2007 s. 1415 (delikt) avsnitt 51 ble adekvans nevnt som et selvstendig vilkår (obiter dicta).

⁷⁵ TSTAV-1998-410 på side 608.

⁷⁶ Iversen (2000) s. 735.

⁷⁷ Hagstrøm (2011) s. 571.

⁷⁸ Ibid. s. 571-572.

På tross av dette synes Woxholth å mene at det ikke gjelder et adekvansvilkår for hvilke fordeler det skal gjøres fradrag for.⁷⁹ Etter hans syn kan spørsmålet om adekvans imidlertid bli et spørsmål om «å finne frem til en mulig konkret begrunnet begrensning i form av rimelighetsbetraktninger».⁸⁰ Følgelig må også han forstås dithen at adekvansbetraktninger, som en form for rimelighetsbetraktninger, vil kunne begrense rekkevidden av læren om *compensatio*. Av den grunn er det nok treffende å si at uenigheten er mer teoretisk enn reell.

Her må det nevnes at Øvergaards eksempel trolig også kunne ha blitt behandlet som et spørsmål om hva som er rimelig i det enkelte tilfellet. Hvis det legges til grunn at det ikke foreligger noen adekvansbegrensningen ville nok konklusjonen uansett ha vært at det ikke ville være rimelig å gjøre fradrag for fordelene heller.

Slik jeg ser det, må uenigheten i den juridiske teori først og fremst forstås som terminologisk betinget. Men da det må antas å være viktig å ha nokså klare minimumsvilkår for at fradrag skal komme på tale, er det gode grunner for at adekvans bør anses som et selvstendig vilkår, og ikke bare et moment det *kan* tas hensyn til.⁸¹ Følgelig legges det i det videre til grunn at det er et vilkår om at fordelene må være adekvat/ikke upåregnelig for at fordelsfradrag skal kunne komme på tale.

Særlig Rt. 1902 s. 811 gir støtte for et slikt syn. Saken gjaldt utmåling av fortjenestetap etter heving av en fem år lang restauratørkontrakt. Restauratøren hevet kontrakten etter ca. to år, og et spørsmål for Høyesterett var hvorvidt den konkrete fortjeneste han hadde hatt et annet sted, skulle gå til fradrag i erstatningskravet. Flertallet i Høyesterett så bort ifra fordelene fordi «[d]enne hans Indtægt er nemlig efter min Mening et Resultat af en Flerhed af temmelig forskjellige Momenter, af hvilke ialfald mange staar i et saa fjernt Forhold til det kontraktsmæssige Forhold og det Kontraktsbrud, hvorfor Erstatning skal gives, at de ikke kan sættes i ligefrem Forbindelse med dette ved Erstatningens Fastsættelse».⁸² Det flertallet mente burde gå til fradrag var hva en kunne anta at en alminnelig mann i samme situasjon ville ha tjent i den aktuelle tidsperiode.⁸³

4.6.4 Komputabilitet

Den tredje foreslåtte minimumsbetingelsen, går ut på at det må være *en viss likearethet mellom fordel og tap*.⁸⁴

Ordet «foreslåtte» blir her brukt fordi komputabilitet aldri er blitt oppstilt som et minimumsvilkår før Hagstrøm nevnte det i sin artikkel «*Compensatio lucri cum damno*» publisert i Jussens Venner 2001 s. 157-172 - (JV-2001-

⁷⁹ Woxholth (2000) s. 182, se også Ussing (1962) s. 173 for dansk rett.

⁸⁰ Woxholth (2000) s. 182.

⁸¹ Samme begrunnelse hos Øvergaard (1951) s. 341.

⁸² Rt. 1902 s. 811 på s. 813.

⁸³ Ibid. s. 814.

⁸⁴ Hagstrøm (2011) s. 572, Iversen (2000) s. 735.

157).⁸⁵ Som begrunnelse for at det eksisterer et slikt vilkår viser Hagstrøm til Iversen (2000) s. 734 flg. «*med ytterligere henvisninger*». Iversen henviser imidlertid ikke til noen norsk teori eller rettspraksis for å underbygge at det for dansk retts vedkommende er et minimumsvilkår om komputabilitet. Det kan nevnes at det i TSTAV-1998-401 s. 608 ble lagt til grunn at det i norsk rett er et vilkår om komputabilitet. Dette ble i stor grad begrunnet med henvisninger til Hagstrøms foran nevnte artikkel, og de kilder Hagstrøm viser til der.

Hagstrøm konkretiserer komputabilitetsvilkåret dithen at for at fordelene skal gå til fradrag så må den stå i «*nær sammenheng med misligholdet og det tap som kreves dekket*».⁸⁶ Et eksempel fra kontraktsretten har man der debitor mener det bør gjøres fradrag for kreditors fordel ved å komme ut fra en tapsbringende avtale i et krav om erstatning for person- eller tingsskade.⁸⁷ På bakgrunn av dette antas det at visse tapsposter kan gå til fradrag i visse fordeler, mens andre fordeler igjen bare kan gå til fradrag i visse andre fordeler.⁸⁸ Dette kan igjen formuleres som et krav om kompensasjonsrelevans, altså for at fordelene skal kunne gå til fradrag, må fordelene kunne sies å kompensere den skade som er inntrådt og gjelde samme tapspost.⁸⁹

Ifølge Hagstrøm følger komputabilitetsvilkåret og dets nærmere innhold blant annet av Rt. 1920 s. 427, Rt. 1903 s. 228, Rt. 1909 s. 730, Rt. 1922 s. 633 og Rt. 1972 s. 449.⁹⁰

Spørsmålet i det følgende er om disse dommene gir tilstrekkelig grunnlag for å hevde at komputabilitetsvilkåret gjelder som en regel i norsk kontraktsrett.

Rt. 1920 s. 427 gjaldt kjøp av et skip hvor kjøper misligholdt sin betalingsforpliktelse. Selger foretok så et dekningsalg til et aksjeselskap han selv var med på å stifte. I den sammenheng forbeholdte han seg rett til å være disponent for selskapet. Et spørsmål i saken var om den fordel (fortjenesten) selger oppnådde ved å være disponent for selskapet skulle gå til fradrag ved erstatningsutmålingen. Om dette spørsmålet var det dissens (4/3) i Høyesterett. Flertallet valgte å se bort fra fordelene, mens mindretallet mente det måtte foretas en skjønnsmessig reduksjon av erstatningen. Dommen er således et eksempel på et tilfelle hvor det ikke ble gjort fradrag for fordel etter læren om *compensatio*. Om det virkelig var vilkåret om komputabilitet som var grunnen til at det ikke ble gjort fradrag er derimot uklart. For det første valgte seks av syv dommere, deriblant alle fire av flertallets dommere, å formulere sitt eget votum. Av den grunn er det vanskelig å avgjøre hva begrunnelsen for ikke å gjøre fradrag reelt sett var. Hagstrøm støtter seg til tredjevoterende når han hevder at det var komputabilitetsvilkåret som var

⁸⁵ Hagstrøm (2001) s. 161 flg.

⁸⁶ Hagstrøm (2011) s. 572.

⁸⁷ Iversen (2000) s. 735-736.

⁸⁸ Hagstrøm (2011) s. 572 flg.

⁸⁹ Ibid. s. 572, Lødrup (2009) s. 449.

⁹⁰ Hagstrøm (2011) s. 572-573.

årsaken til at det ikke ble gjort fradrag. Tredjevoterendes begrunnelse for ikke å gjøre fradrag var følgende:

«Den mulige fordel, som disponentstillingen maatte ha skaffet ham, kan ikke ansees som følge av Engelharts kontraktsbrud, men skyldes ganske andre forhold. Jeg vil tilføie, at det efter de foreliggende oplysninger ikke kan antages, at den omstendighet, at Ravn blev disponent for de nye aktieselskap, har formindsket den opnaaede kjøpesum for «Tyr».»⁹¹

Hagstrøm forstår dommen slik at «[f]lertallet må ha lagt til grunn at inntektene fra disponentstillingen ikke kompenserte misligholdet av kjøpekontrakten».⁹² For meg er det derimot noe uklart hvor og hvordan Hagstrøm leser dette ut fra tredjevoterendes votum. Tredjevoterende uttalte at den «mulige fordel» ikke kunne anses «som følge av Engelharts kontraktsbrud», men fordelens skyldtes, ifølge ham, «ganske andre forhold». Dette tolker jeg dithen at dommen mente at det ikke var årsakssammenheng mellom kontraktsbruddet og fordelens. Med andre ord forstår jeg tredjevoterendes votum slik at selve inngangsvilkåret for å gjøre fradrag for fordel ikke var tilstede.⁹³

Hagstrøms forståelse kan om mulig bygge på at han leser tredjevoterendes votum i sammenheng med fjerdevoterendes votum (mindretallsvotum). Fjerdevoterende kan tolkes slik at han mente at, på tross av at de forskjellige postene ikke var komputable, så burde det gjøres fradrag i dette tilfellet.⁹⁴ Premissene gir ikke tilstrekkelig grunnlag for å trekke en motsetningsvis slutning om at flertallet mente at det spesifikt var mangel på komputabilitet som tilsa at det ikke skulle gjøres fradrag.

Flertallets votum kan også tolkes slik at de ikke mente det ville være rimelig å ta hensyn til fordelens i dette tilfellet. Også Hagstrøm ville trolig vært tilbøyelig til å være enig i en slik forståelse av dommen, for i et forsøk på å presisere det nærmere innholdet i kravet om komputabilitet fremhever han at «spørsmålet om hvorvidt berikelsesfradrag skal skje i siste instans, må bero på rimelighetsbetraktninger», og således kan «komputabilitetskravet oppfattes som en presisering av dette».⁹⁵ Det er altså en nær forbindelse mellom vilkåret om komputabilitet og spørsmålet om hva som er et rimelig resultat i det enkelte tilfellet.

⁹¹ Rt. 1920 s. 427 på s. 431.

⁹² Hagstrøm (2011) s. 572.

⁹³ Augdahl (1978) s. 242 note 2 ser på dommen som et eksempel på at upåregnelige fordeler ikke kommer til fradrag.

⁹⁴ Rt. 1920 s. 427 på s. 431.

⁹⁵ Hagstrøm (2011) s. 572. Et lignende synspunkt finnes hos Monsen (2007) s. 221.

Etter mitt syn gir ikke Rt. 1920 s. 427 tilstrekkelige holdepunkter for at komputabilitetsvilkåret gjelder i norsk rett.⁹⁶ Det samme gjelder også de øvrige dommer Hagstrøm nevner.

Rt. 1903 s. 228 dreide seg blant annet om hvorvidt fordelene ved å heve en absolutt tapsbringende uthugstkontrakt skulle gå til fradrag i et krav på erstatning etter et uberettiget odelssøksmål. Det var ikke tvil om at hevingen av kontrakten var foranlediget av den ansvarsbetingende begivenheten, men Høyesterett så bort ifra fordelene fordi den ifølge Høyesterett var en «*helt tilfældige Fordel*».⁹⁷ Dommen viser etter mitt skjønn kun at inadekvate fordeler ikke skal gå til fradrag i erstatningsutmålingen.⁹⁸ Videre er det mulig å forstå avgjørelsen slik at Høyesterett ikke engang anså årsakssammenhengskravet for å være oppfylt.⁹⁹ I domspremissene uttrykkes det nemlig at «*[k]ontraktens Ophævelse var, selv om den foranledigede ved Odelspaatalen, ingen nødvendig Følge af den*».¹⁰⁰ Det er uansett ikke nok holdepunkter i domspremissene for at komputabilitetsbetingelsen skal gjelde, selv om det nok er korrekt å si at tapsposten og fordelsposten ikke var komputable.¹⁰¹ Hertil må det presiseres at saken gjaldt et erstatningskrav utenfor kontrakt, og at dommen derfor ikke kan være noe prejudikat på kontraktsrettens område.

Heller ikke Rt. 1909 s. 730 synes å støtte opp under Hagstrøms syn. Dommen gjaldt et krav om erstatning i arbeidsforhold, og Høyesterett avgjorde at det ikke skulle gjøres fradrag for hva arbeidstakeren hadde tjent i en annen stilling. Slik jeg forstår den avgjørelsen gjaldt så vel fordelene som tapsposten arbeidstakerens «hyre» - altså helt identiske og dermed kompensasjonsrelevante poster.

Rt. 1922 s. 663 omhandlet en mann som ble ansatt som skuespiller ved et teater med en årslønn på kr. 4000. Da engasjementet bortfalt av seg selv, krevde skuespilleren erstatning tilsvarende årslønnen. I Høyesterett vant skuespilleren frem med hele sitt krav, og det ble ikke gjort noe fradrag for det han hadde tjent eller kunne tjene ved annet arbeid i det omhandlede tidsrommet på et år. Heller ikke denne dommen greier jeg å forstå som et eksempel på at komputabilitetsbetingelsen gjelder i norsk rett. Både tapsposten og fordelsposten gjaldt lønn, og postene var derfor kompensasjonsrelevante. Når det ikke ble gjort fradrag må det derfor ha vært på grunn av andre forhold enn mangel på komputabilitet.

I Rt. 1972 s. 449 krevde byggherren, ved heving av kontrakten, erstatning for husleietap, økte renter og provisjonsutgifter, lønnsstigning, byggeplassutgifter, sjauing, samt godtgjørelse til en ansatt.¹⁰² I erstatningskravet på husleietap ble det gjort fradrag for sparte driftsutgifter. At det ble gjort fradrag i nettopp denne posten og ikke de andre er imidlertid ikke tilstrekkelig grunnlag for å hevde at komputabilitetskravet gjelder i norsk rett. For det første var det under ingen omstendighet grunnlag for å gjøre fradrag to ganger på grunn av den samme tapsposten, og for det andre begrunner ikke Høyesterett årsaken til at fradraget ble gjort i husleietapet. En rimelig antagelse er at fradrag ble gjort i den posten fordi det var den første tapsposten Høyesterett tok for seg.¹⁰³

I det følgende legges det derfor til grunn at det i norsk rett *ikke* gjelder noe minimumsvilkår om komputabilitet. Konklusjonen bygger på følgende to grunner: For det første er det ikke

⁹⁶ Augdahl (1978) s. 242-243 fotnote 2 ser på dommen som et eksempel på at kun adekvate fordeler kommer til fradrag.

⁹⁷ Rt. 1903 s. 228 på s. 233

⁹⁸ Samme forståelse i Øvergaard (1951) s. 341 og Hagstrøm (2015) s. 512-513. Muligens også Nygaard (2007) s. 73.

⁹⁹ Monsen (2007) s. 222 legger denne forståelsen til grunn. Stang (1927) s. 324 note 11 forstår dommen på tilsvarende måte.

¹⁰⁰ Rt. 1903 s. 228 på s. 232

¹⁰¹ Lødrup (2009) s. 449 note 503 ser på dommen som et eksempel på at rimelighetsvurderinger spiller inn.

¹⁰² Rt. 1972 s. 449 s. 462 flg.

¹⁰³ Motsatt Christoffersen (2008) s. 614.

tilstrekkelig rettskildemessig fundament til å si at et slikt vilkår gjelder i norsk rett, og for det andre, er vilkåret såpass vagt at det er vanskelig å definere dets reelle innhold. Et slikt standpunkt er i samsvar med synet til flertallet i norsk juridisk teori.¹⁰⁴

Men selv om de foran nevnte avgjørelser ikke gir grunnlag for å anføre at komputabilitetsvilkåret gjelder i norsk rett, er de ikke uten betydning. Avgjørelsene viser, for det første, at fradragsspørsmålet beror på en bredere vurdering enn rene differansebetraktninger. For det andre, viser avgjørelsene at spørsmålet om compensatio i siste instans beror på nokså sammensatte rimelighetsvurderinger.¹⁰⁵

4.7 Grunnleggende hensyn ved anvendelsen av prinsippet om *compensatio lucri cum damno*

Ved løsningen av ethvert fradragsspørsmål spiller rimelighetsbetraktninger en helt avgjørende rolle.¹⁰⁶ Det overordnede spørsmålet blir, med en formulering fra Hagstrøm/Stenvik, om det er skadevolder eller skadelidte som er «*nærmest til å nyte godt av fordelene*».¹⁰⁷ Dette grunnleggende spørsmålet vil bli besvart ulikt avhengig av hvilket konkret typetilfelle en står ovenfor. At læren om compensatio derfor får et noe kasuistisk preg kan ikke være et avgjørende argument imot et slikt standpunkt. Snarere tvert imot vil en slik typetilfellebehandling alt i alt gi de rimeligste løsningene.

Det er likevel mulig å komme med noen generelle betraktninger omkring visse momenter som vil kunne ha avgjørende betydning i den konkrete rimelighetsvurderingen.

Et rettslig relevant moment er om debitor har utvist skyld.¹⁰⁸ I den grad debitor kan bebreides er det mindre grunn til å foreta fradrag for den fordelene kreditor er påført ved den ansvarsbetingende begivenheten. Dette standpunktet er det grunnlag for å hevde på bakgrunn av den eksisterende praksisen vi har om spørsmålet fra Høyesterett. I Rt. 1933 s. 1114 og Rt. 1938 s. 602 ble det lagt vekt på at debitor hadde opptrådt uaktsomt.¹⁰⁹ Riktignok gjaldt begge disse avgjørelsene mislighold av biforpliktelser, men skyldmomentet må kunne generaliseres ytterligere. Den debitor som har utvist skyld har en mindre beskyttelsesverdig posisjon enn en de-

¹⁰⁴ Christoffersen (2008) s. 612-613 og Truyen (2007) 159-160 legger tilsynelatende komputabilitetsvilkåret til grunn.

¹⁰⁵ Øvergaard (1951) s. 338 tilsynelatende av en lik oppfatning. Se også Hagstrøm (2011) s. 577.

¹⁰⁶ Truyen (2007) s. 159-160.

¹⁰⁷ Hagstrøm (2015) s. 513.

¹⁰⁸ Hagstrøm (2011) s. 576 og s. 579.

¹⁰⁹ Disse avgjørelsene blir behandlet grundig nedenfor.

bitor som ikke har utvist skyld. Flere eldre avgjørelser som omhandler arbeidsforhold gir også støtte til disse generelle betraktningene. Særlig kan det vises til Rt. 1909 s. 730, Rt. 1921 s. 72, Rt. 1922 s. 663, og Rt. 1939 s. 291. Disse avgjørelsene viser at jo grovere skyld debitor har utvist desto mindre taler det for fradrag.

Også prevensjonshensynet må nevnes.¹¹⁰ Et underliggende hensyn bak utformingen av kontraktsrettslige regler, er at de bør oppmuntre til avtalers korrekte oppfyllelse. En fradragsregel som i visse tilfeller oppmuntrer til ikke-oppfyllelse vil derfor klart ikke være å foretrekke. Hvis debitor vet at kreditor vil oppnå en fordel ved å heve avtalen, og han samtidig vet at denne fordelten skal gå til fradrag i et eventuelt erstatningskrav, vil det ikke oppmuntre til oppfyllelse. Prevensjonshensynet tilsier dermed i visse tilfeller at det ikke bør gjøres fradrag i et erstatningskrav for kreditors eventuelle fordeler.¹¹¹

Videre vil også *rettstekniske betraktninger* eller *rettspolitiske hensyn* kunne spille inn. I avgjørelsen av et konkret fradragsspørsmål vil det alltid være nødvendig å se på de bakenforliggende hensyn bak den konkrete utmålingsregelen som anvendes. Noen erstatningsregler, eksempelvis utmålingsregelen ved gjennomført dekningstransaksjon, er ment for å simplifisere erstatningsutmålingsprosessen. Å ta hensyn til eventuelle tilfeldige fordeler kreditor medføres i forbindelse med kontraktsbruddet vil gjøre erstatningsutmålingen mer komplisert enn det som er formålet bak den konkrete utmålingsregelen.¹¹²

Det neste viktige generelle momentet som rettsanvenderen alltid må ta stilling til ved det konkrete fradragsspørsmålet er *karakteren av den konkrete fordelten*. Dette blir imidlertid et spørsmål som allerede er behandlet under vilkårene om *adekvans* og *komputabilitet*. Som nevnt ser jeg på adekvans som et selvstendig vilkår, og ikke bare et spørsmål om hva som er rimelig i det konkrete tilfellet. Men uansett hvilken synsvinkel som anlegges vil nødvendigvis karakteren av den konkrete fordel, hvor tilfeldig den er osv., kunne spille en avgjørende betydning ved vurderingen av et konkret fradragsspørsmålet.¹¹³

I kapittel 5 drøftes det nærmere hvordan nevnte hensyn og vilkår kan slå ut i konkrete typetilfeller.

¹¹⁰ Hagstrøm (2015) s. 514.

¹¹¹ Hagstrøm (2011) s. 577, Fleischer (1967) s. 48-49, Hellner (1966) s. 328-329, Brækhus (1947) s. 533-534, Hellner (1966) s. 328-329.

¹¹² Iversen (2000) s. 769.

¹¹³ Som f.eks. i Rt. 1902 s. 811 og Rt. 1903 s. 228.

5 Læren om compensatio lucri cum damno ved heving av tapsbringende avtaler

5.1 Fradrag i krav om erstatning for bortkastede normale omkostninger

5.1.1 Innledning

Det spørsmål som skal diskuteres i det følgende er om det ved erstatning for bortkastede normale omkostninger skal skje fradrag for fordelene kreditor har ved å komme ut av en tapsbringende kontrakt.

Med normale omkostninger siktes det til omkostninger som kreditor hadde blitt påført også om avtalen hadde blitt korrekt oppfylt, men som nå er gått til spille som følge av debtors mislighold.¹¹⁴ Et eksempel på slike normale omkostninger er fraktkostnader i de tilfellene kreditor selv må stå for transporten av en vare.

5.1.2 Den positive kontraktsinteresse

Det er meget omdiskutert om norsk rett *i det hele tatt åpner for en mulighet til å kreve erstatning for normale omkostninger*.¹¹⁵ Når spørsmålet har blitt stilt har det som regel vært i forbindelse med en diskusjon om hvorvidt kreditor har rett til å kreve erstatning for tillitsinteressen ved heving av en gyldig avtale.¹¹⁶ De normale omkostningene ville jo aldri ha blitt spilt om kreditor ikke hadde inngått avtalen, og omkostningene skulle således kunne bli erstattet etter den negative kontraktsinteresse.¹¹⁷ Men, som påpekt av Simonsen, er det en forhastet slutning å sette likhetstegn mellom erstatning for normale omkostninger og erstatning for den negative kontraktsinteresse.¹¹⁸ For ofte vil de normale omkostningene, *eller et beløp som tilsvare de normale omkostningene*, rent faktisk bli dekket innenfor erstatning for den positive kontraktsinteressen.¹¹⁹

Som regel vil nok ikke kreditor være opptatt av å kreve erstatning for sine normale omkostninger. Med unntak av de tilfeller hvor kontrakten er absolutt tapsbringende, vil kontraktsverdien minimum tilsvare de normale omkostningene.¹²⁰ Det er rimelig å anta at en rasjonell,

¹¹⁴ Iversen (2000) s. 659. Normale omkostninger innebærer forhandlingsutgifter, slutningsutgifter og oppfyllelsesutgifter, se Simonsen (1997) s. 306-307.

¹¹⁵ Simonsen (1997) s. 308, Hagstrøm (2011) s. 541 fotnote 10. Augdahl (1978) s. 243 er svært avvisende.

¹¹⁶ Simonsen (1997) s. 308.

¹¹⁷ Se f.eks Rt. 1923 II s. 336 på side 339 (ikke på lovdata).

¹¹⁸ Simonsen (1997) s. 308.

¹¹⁹ I.c.

¹²⁰ Ibid. s. 309

kommersiell aktør vanligvis ikke vil inngå en avtale hvor vederlaget han skal yte og hans normale omkostninger er høyere enn kontraktsverdien. Så lenge kontraktsverdien er like høy eller høyere enn vederlaget og de normale omkostningene, vil kreditor alltid få dekket en *verdi tilsvarende de normale omkostningene*, via den positive kontraktsinteresse.¹²¹

Innholdet av det nevnte kan best illustreres med et enkelt eksempel.¹²² Eksempelet illustrerer også de sider ved prinsippet om *compensatio* som Hagstrøm og Iversen betegner som «normale» fordeler, og hvor spørsmålet om fradrag ikke er omdiskutert.¹²³

Vi legger til grunn at A har kjøpt en vare til kr. 100 og hans normale omkostninger er på kr. 10. I eksempelet er varens verdi kr. 110, altså helt lik kjøpesummen og de normale omkostningene. Utgangspunktet for et eventuelt erstatningskrav er at kjøper i dette tilfellet skal få erstattet sitt fulle økonomiske tap. Før vi har trukket fra eventuelle fordeler er kjøpers brutto erstatningskrav på kr. 110. Hvis vi forutsetter at A har betalt kjøpesummen på kr. 100, kan han kreve denne summen tilbake i forbindelse med restitusjonsoppgjøret ved heving av kontrakten. De hundre kronene skal derfor gå til fradrag i erstatningskravet. Det som da står igjen er de 10 kronene som *tilsvarer* As normale omkostninger. Hvis A *ikke* har rukket å pådra seg de normale omkostningene skal de også gå til fradrag i erstatningsutmålingen; dette på grunn av prinsippet om *compensatio*.¹²⁴ Hvis A kunne ha krevet erstatning for en sum tilsvarende de ennå ikke pådratte normale omkostningene ville han ha kommet bedre ut enn om avtalen hadde blitt korrekt oppfylt, og det ville ha stridt imot det kompensatoriske formålet bak kontrakterstatningsinstituttet. Om vi derimot forutsetter at A faktisk *hadde* pådratt seg de normale omkostningene på 10 kr. hadde han hatt et erstatningskrav på 10 kr; altså identisk med de normale omkostningene.¹²⁵

Et spørsmål som oppstår i forlengelsen av ovennevnte, er hvordan situasjonen blir om kontrakten er absolutt tapsbringende. Er det da rom for å kreve erstatning for de normale omkostningene?

Dette er et spørsmål som har vært gjenstand for stor debatt i nordisk juridisk teori.¹²⁶ Det foreligger meg bekjent ingen uenighet om at disse utgiftene i utgangspunktet kan kreves erstattet som *negativ kontraktsinteresse*. I dansk teori er det imidlertid enighet om at utgiftene *også*

¹²¹ I.c.

¹²² Ibid. s. 310. Eksempelet er sterkt inspirert av forfatterens eksempel på samme side.

¹²³ Hagstrøm (1997) s. 569-571.

¹²⁴ Krokeide (1979) s. 207-208.

¹²⁵ Ibid. s. 200.

¹²⁶ Iversen (2000) s. 659-687 særlig s. 660-661, Lassen (1917-1920) s. 457-458

kan erstattes etter den positive kontraktsinteresse.¹²⁷ For det første påpekes det at, på lik linje med at en avtalepart kan handle i tillit til en kontrakts eksistens, så kan en avtalepart handle i tillit til en avtales riktige oppfyllelse.¹²⁸ Riktignok ville kreditor ha måttet betale utgiftene uavhengig av kontraktsbruddet, men det er kontraktsbruddet som gjør at omkostningene må anses som forspilt.¹²⁹ Ifølge Iversen må kreditor derfor «kunne hævde, at han ville have fått dækning for udgifterne ved kontraktens rigtige opfyldelse, og må kunne begrænse sit erstatningskrav til udgifterne, selv om han (måske) også har mistet en fortjeneste».¹³⁰ Dansk rett legger til grunn at kreditor, selv om han ikke kan bevise at avtalen ville ha vært gevinstgivende, kan kreve en erstatningssum tilsvarende de normale omkostningene basert på en presumpsjon om at kontraktsverdien minimum tilsvarer omkostninger.¹³¹

Dette syn aksepteres ikke i norsk kontraktsrett.¹³² De to forfattere som har diskutert spørsmålet i grundighet, Krokeide og Simonsen, konkluderer begge med at kreditor må påvise at avtalen ikke var tapsbringende for å kunne kreve erstatning for de normale omkostningene.¹³³ Med andre ord oppstiller ikke norsk rett noen presumpsjon for at kontraktsverdien minimum tilsvarer vederlaget og de normale omkostningene.¹³⁴ Følgelig er utgangspunktet i norsk kontraktsrett, i tråd med prinsippet om compensatio, at kreditor i utgangspunktet ikke får erstatning for sine normale omkostninger ved en absolutt tapsbringende kontrakt. I motsatt fall, hvis kreditor kunne kreve erstatning for sine normale omkostninger hvor kontraktens nettofortjeneste var negativ, ville han kommet bedre ut enn om avtalen hadde blitt korrekt oppfylt.

Situasjonen kan vises med et enkelt eksempel.¹³⁵ A kjøper en gjenstand som koster kr. 100 og de normale omkostningene er på kr. 10. Varens reelle verdi var opprinnelig på kr. 130, men som følge av et prisfall synker varens verdi til kr. 100. Når A hever og krever erstatning har han i utgangspunktet krav på erstatning tilsvarende kontraktsverdien, dvs. kr. 100 i dette tilfellet. A vil derimot få tilbake en sum på kr. 100 i forbindelse med hevingsoppgjøret. Kr. 100 skal da gå til fradrag i erstatningskravet.¹³⁶ Hvis A fortsatt har et erstatningskrav tilsvarende

¹²⁷ Iversen (2000) 659-660

¹²⁸ Iversen (2013) s. 465

¹²⁹ Ibid. s. 465

¹³⁰ l.c.

¹³¹ Ibid. s. 665 flg. Denne presumpsjonen kan derimot motbevises av debitor. Samme regel i engelsk rett, se [2010] EWHC 2026 (Comm).

¹³² Ibid. s. 669 flg.

¹³³ Ibid. s. 669, Krokeide (1979) s. 212, Simonsen (1997) 309-310 og s. 316-317, Hagstrøm (2011) s. 541 note 10 må forstås på samme måte.

¹³⁴ Brækhus (1947) s. 523.

¹³⁵ Eksempelet er sterkt inspirert av eksemplene i Simonsen (1997) s. 311.

¹³⁶ Augdahl (1978) s. 237.

de normale omkostningene vil han komme bedre ut enn om avtalen hadde blitt korrekt oppfylt. Og, som påpekt av Simonsen, skal fordelene ved å slippe fri fra en tapsbringende avtale, i prinsippet regnes som en hvilken som helst annen fordel, og skal derfor gå til fradrag i erstatning for de normale omkostningene.¹³⁷ Konsekvensen av dette blir at kreditor ikke kan kreve erstatning for sine normale omkostninger ved en tapsbringende avtale. As krav på erstatning i det nevnte eksempelet er derfor kr. 0.

5.1.2.1 Særlig om avtaler med ikke-økonomiske formål

Den problemstillingen som nå skal vurderes dreier seg om hvorvidt det utgangspunktet som er redegjort for ovenfor, også er gjeldende for avtaler som har et *ikke-økonomisk formål*. Spørsmålet er om en kreditor, som bevisst har inngått en tapsbringende avtale, skal kunne kreve sine normale omkostninger erstattet i kombinasjon med heving av kontrakten.¹³⁸ Hvis svaret på spørsmålet er ja, vil kreditor, fra et rent økonomisk perspektiv, komme bedre ut enn om avtalen hadde blitt korrekt oppfylt.

De synspunkter som ble fremmet i punkt 5.1.2. skulle da tilsi at erstatning for de normale omkostninger er utelukket allerede fordi hevingen innebærer en fordel som overstiger oppfyllelsesinteressen.

De fleste forfattere behandler denne problemstillingen i forbindelse med spørsmålet om kreditor kan velge å kreve tillitsinteressen erstattet i tilfeller hvor erstatning for tillitsinteressen overstiger erstatning etter oppfyllelsesinteressen. I likhet med Simonsen, velger jeg heller å se på dette som et spørsmål om det nærmere innholdet av nettoprinsippet ved erstatning innenfor oppfyllelsesinteressen.¹³⁹

På tross av det tilsynelatende åpenbare svaret, har problemstillingen vært gjenstand for stor diskusjon i norsk og nordisk juridisk teori.¹⁴⁰ Gjennomgående synes det å være enighet om at kreditor har en rett til å kreve erstatning for sine normale omkostninger ved heving av avtaler med ikke-økonomiske formål. Iversen oppsummerer den fellesnordiske rettstilstand dithen at *«hvor sælgeren har misligholdt en aftale, som køberen har indgået ud fra andre motiver end at opnå økonomisk vinding»* så antas det *«[e]fter dansk og norsk ret ..., at compensatio er udelukket ...»*.¹⁴¹

¹³⁷ Simonsen (1997) s. 310-311.

¹³⁸ Det legges i det videre ikke til grunn at kreditors ikke-økonomiske hensikt må ha vært synbar for debitor. Se. Simonsen (1997) s. 313.

¹³⁹ Simonsen (1997) s. 313-314. For de andre forfatterne se fotnote 140.

¹⁴⁰ Simonsen (1997) s. 313-314, Woxholth (2000) s. 196, Fleischer (1959) s. 46-47, Krokeide (1979) s. 210-212, Brækhus (1947) s. 534-535, Arnholm (1966) s. 294, Augdahl (1978) s. 241 og 245, Iversen (2000) s. 748, Ussing (1961) s. 157 og s. 160, Munch-Petersen (1898) s. 30, Rodhe (1979) s. 200-201.

¹⁴¹ Iversen (2000) s. 748

Det første spørsmålet blir da hva som er den rettskildemessige begrunnelsen for at det ikke skal gjøres compensatio i et tilfelle som dette. Så vidt meg bekjent foreligger det ingen rettspraksis om spørsmålet hverken i Norge eller resten av Norden. Vi står da igjen med juridisk teori som eneste relevante kilde.

Som begrunnelsen for at det ikke gjøres fordelsfradrag i tilfeller som dette tar, samtlige forfattere utgangspunkt i *reelle hensyn*, altså vurderinger av resultatets godhet. Og som påpekt tidligere, beror spørsmålet om det skal gjøres fordelsfradrag i siste instans på nettopp rimelighetsbetraktninger.¹⁴²

Iversen påpeker at når kreditor ikke får den avtalt motytelsen så er det i «*det mindste et plaster på såret, at han får erstatning for sine forgæves omkostninger*».¹⁴³ Dette argumentet er det lett å stille seg bak. En kreditor som får tilbake kjøpesummen ved å heve et kjøp, vil neppe la seg overbevise med et argument om at han skal være glad for debtors mislighold på grunn av at kjøpesummen oversteg motytelsens verdi. Kreditor utførte jo handelen ut ifra helt andre motiver enn økonomisk vinning. Dette synspunktet benytter også Arnholm seg av når han konkluderer med at «*ut fra rent rettspolitiske betraktninger anføres gode grunner for å gi kreditor rett til å kreve*» erstatning for sine normale omkostninger, «*dels som en trøst for ham selv og dels som et nyttig press på en debitor som ellers ikke risikerer noe ved å misligholde sin plikt*».¹⁴⁴ Lignende synspunkter fremmes også av Woxholth, hvor han uttaler at det vil være «*urimelig*» om en bilinteressert som betaler over markedspris for en ny modell, ikke skal kunne kreve sine normale omkostninger i forbindelse med å få importert og fortollet bilen.¹⁴⁵ Dette argumentet kan sies å være forankret i generelle prevensjons- og gjenopprettelseshensyn. For en kreditor som bevisst inngår en tapsbringende avtale, vil være nærmest rettsløs om han ikke kan kreve erstattet sine normale omkostninger.¹⁴⁶ Og hvis han kan kreve sine normale omkostninger vil dette kunne virke preventivt på debitor, idet det motiverer oppfyllelse fra hans side. Alt i alt synes det å være enighet i den juridiske teori om at gjeldende rett på området bør være at kreditor kan kreve erstattet sine normale omkostninger ved heving av en avtale med ikke-økonomisk formål.

¹⁴² Hagstrøm (2011) s. 572

¹⁴³ Iversen (2000) s. 748

¹⁴⁴ Arnholm (1966) s. 294. Arnholm gjør det klart at han snakker om den negative kontraktsinteresse.

¹⁴⁵ Woxholth (2000) s.196

¹⁴⁶ Fleischer (1959) s. 46-47, Augdahl (1978) s. 242

5.1.3 Den negative kontraktsinteresse

I forbindelse med drøftelsen ovenfor har forholdet til den negative interesse bare i begrenset omfang blitt nevnt. Men etter det årsaksperspektivet som den negative kontraktsinteresse bygger på åpnes det for å kunne kreve erstatning for normale omkostninger. Disse omkostningene ville jo kreditor ha betalt uansett, de er ikke påført som følge av kreditors mislighold, men de er påført som følge av *selve avtaleinngåelsen*.¹⁴⁷ Erstatning for normale omkostninger skulle da være i kjernen til den negative kontraktsinteresse.

Som gjennomgangen hittil har vist vil ikke kreditor alltid være tilfreds med resultatet ved erstatningsutmålingen når han krever erstatning for sine normale omkostninger etter den positive kontraktsinteresse. Dette gjelder særlig i de tilfeller man har å gjøre med en tapsbringende kontrakt.¹⁴⁸ Følgelig oppstår spørsmålet om kreditor kan komme i en bedre situasjon enn om kontrakten hadde blitt korrekt oppfylt ved å kreve de normale omkostninger erstattet etter den negative kontraktsinteresse.

For å besvare spørsmålet må to underspørsmål først besvares: (1) i hvilke tilfeller har kreditor rett til å kreve erstattet sine normale omkostninger, innenfor tillitsinteressen, ved heving av en gyldig, men misligholdt kontrakt, (2) hvilken betydning har prinsippet om *compensatio* ved utmålingen av erstatning etter den negative kontraktsinteresse.

Det klare utgangspunkt i norsk erstatningsrett er at kreditor ikke kan velge mellom å kreve erstatning etter den positive og den negative kontraktsinteresse.¹⁴⁹ Følgelig kan kreditor som hovedregel ikke komme bort fra nettoutmålingsprinsippet ved å kreve erstatning for tillitsinteressen.¹⁵⁰ Det må derfor spørres om det finnes et særskilt ansvarsgrunnlag som gir kreditor rett til å kreve erstatning for tillitsinteressen ved heving av en gyldig avtale.

For norsk retts vedkommende foreligger det et slikt særskilt ansvarsgrunnlag blant annet for mislighold av en varslingsplikt.¹⁵¹ Ansvarer inntreer typisk når debitor, *etter inngåelsen av en avtale*, blir klar over at avtalen ikke kan gjennomføres etter partenes forutsetninger. Når den

¹⁴⁷ Simonsen (2000) s. 308-309.

¹⁴⁸ Ibid. s. 317 og s. 308-309. Hvis det ses bort ifra forhandlingsutgiftene.

¹⁴⁹ Simonsen (2000) s. 318, Arnholm (1966) s. 293.

¹⁵⁰ Simonsen (2000) s. 318.

¹⁵¹ Krokeide (1979) s. 221-223, Hagstrøm (2011) s. 540 og s. 542, Woxholth (2000) s. 196-198, Brækhus (1947) s. 533, Arnholm (1966) s. 290, Stang (1927) s. 325-326, Augdahl (1978) s. 221, Krüger (1989) s. 836. I Rt. 1938 s. 602 sier Høyesterett aldri at de tilkjenner erstatning for den negative kontraktsinteresse. Men da Høyesterett begrunner sitt resultat med en henvisning til Stang Erstatningsansvar (1927) s. 325-326 må vi gå ut ifra at Høyesterett anså kravet for å være et krav etter tillitsinteressen

situasjonen oppstår, pålegges debitor en varslingsplikt - en biforpliktelse - ved siden av hovedforpliktelsen.¹⁵² Mens en kontrakts *hovedforpliktelser* dreier seg om de sentrale aspekter ved en avtale, slik som det å levere rett ting til rett tid til rett sted, dreier biforpliktelsene seg om mer sideordnede aspekter ved kontraktsforholdet.¹⁵³ Det følger av rettspraksis jf. Rt. 1988 s.1078, at det for biforpliktelser stilles «*krav til aktsom og lojal opptrreden ...*».¹⁵⁴ Følgene av dette er at hvis debitor uaktsomt unnlater å varsle kreditor om at han ikke vil være i stand til å oppfylle som avtalt, vil kreditor kunne kreve erstatning etter tillitsinteressen. Eller som Fleischer uttaler det: «*Dersom det oppstår en vesentlig oppfyllelshindring, og debitor kjente eller burde kjenne denne, blir han ansvarlig for det tap som deretter oppstår ved at kreditor ikke får vite om hindringen, og dermed pådrar seg unyttige utgifter, eller unnlater å kontrahere på annet hold*».¹⁵⁵

Det som kreditor har rett til å kreve etter tillitsinteressen, er de omkostningene han kunne ha unngått hvis han hadde blitt varslet av debitor.¹⁵⁶ Ofte vil dette være snakk om normale omkostninger.¹⁵⁷ Disse normale omkostningene vil kreditor ha rett til å kreve uavhengig av om han kommer bedre ut enn om avtalen hadde blitt korrekt oppfylt.¹⁵⁸ Her er det altså en forskjell mellom de tilfellene kreditor krever de normale omkostningene erstattet innenfor den positive og den negative kontraktsinteresse: Kreves de normale omkostningene erstattet innenfor oppfyllelsesinteressen er det utelukket om avtalen var tapsbringende,¹⁵⁹ men ikke for de tilfellene kreditor krever de normale omkostningene erstattet innenfor tillitsinteressen.¹⁶⁰ Den sentrale dom som viser dette, er Rt. 1938 s. 602, den såkalte blårevdommen.

¹⁵² Woxholth (2000) s. 196-198, se også Rt. 1970 s. 1059 på s. 1065

¹⁵³ Hagstrøm (2011) s. 122-126.

¹⁵⁴ Rt. 1988 s. 1078 på s. 1984.

¹⁵⁵ Fleischer (1959) s. 49

¹⁵⁶ Krokeide (1979) s. 221, Fleischer (1959) s. 48-49, Nørager-Nielsen (2008) s. 496. Iversen (2000) s. 746 anfører at selv om man vanligvis taler om erstatning for den negative kontraktsinteresse i et tilfelle som dette, er det bedre å snakke om «*erstatning for interessen i ikke at blive udsat for retsbrud (med et forældet utryk: integritetsinteressen)*». Også Fleischer (1959) s. 49-50 stiller spørsmål om erstatning for brudd for biforpliktelse «*logisk er å oppfatte som erstatning av oppfyllelsesinteresse*», fordi «*[k]reditor skal jo stilles som om sekundærpliktene var riktig oppfylt*». Men han påpeker at «*[e]rstatningsberegningen blir imidlertid så ulik de vanlige tilfelle av positiv interesse at særskilt behandling er nødvendig, samtidig som den minner meget om beregningen av den negative*». Jeg benytter meg av den vanlige terminologi.

¹⁵⁷ Krokeide (1979) s. 222

¹⁵⁸ Ibid. s. 221-222, Woxholth (2000) s.196-197, Hagstrøm (2011) s. 575, Fleischer (1959) s. 49, Brækhus (1947) s. 533-534, Iversen (2000) s. 746-747, Arnholm (1966) s. 290, Augdahl (1978) s. 243-245, Stang (1927) s. 325-326. Motsatt Almén (1960) s. 328. Alméns standpunkt er imidlertid feil fordi han ser bort ifra at fordelen og tapet skyldes forskjellige begivenheter. Lassen (1917-1920) s. 460-461 anfører at resultat er «støtende», i hvert fall for handelskjøp.

¹⁵⁹ Bortsett fra hvis avtalen hadde et ikke-økonomisk formål.

¹⁶⁰ Simonsen (1997) s. 373-374.

Sakens forhold var at en norsk kjøper og en amerikansk selger i mai 1930 inngikk en kjøpsavtale om en rekke pelsdyr. Avtalen var F.O.B. (Free On Board), det vil si at kjøper selv skulle stå for frakten fra New York til Gøteborg. Da den første forsendelsen ankom Gøteborg den 2. desember samme år, ble blårevne satt i karantene. Under karanteneoppholdet viste det seg at revne led av lungeorm og de ble nektet innført til Sverige. Etter nektelsen rettet den norske kjøperen melding til den amerikanske selgeren med krav om erstatning. Selgeren nektet å betale erstatningen, og etter at en rekke telegrammer ble sendt mellom partene, valgte selgeren å gå til sak mot kjøperen med krav om betaling for både de leverte og ikke leverte dyrene.¹⁶¹ Kjøperen påsto seg frifunnet, og krevde dom for at han kunne heve kjøpet samt krav om erstatning på til sammen kr. 10 000. De kr. 10 000 gjaldt både fraktomkostninger fra New York til Gøteborg, samt karantene- og dyrlegeutgifter. Karantene- og dyrlegeutgiftene er såkalte ekstraordinære omkostninger, mens fraktomkostningene utgjorde normale omkostninger som kjøper hadde måttet betale uavhengig av om kontrakten hadde blitt misligholdt eller ikke.¹⁶² Hverken byretten eller Høyesterett foretok noe prinsipielt skille mellom de ekstraordinære og de normale omkostningene, men det som er av betydning her er at saken gjaldt et tilfelle hvor det blant annet var krevet erstatning for normale omkostninger.

Selgeren bestred kjøpers erstatningskrav ved å vise til at «[s]å langt fra å lide tap har Stange [kjøperen] hatt en stor fordel ved at kjøpet av blårevne heves».¹⁶³ Dette ble begrunnet med at det i desember 1930 inntraff «et stort sammenbrudd på pelsdyrmarkedet --- og hans tap vilde langt oversteget de kr.10.000».¹⁶⁴ Med andre ord gjaldt saken et tilfelle hvor kjøper hadde inngått en tapsbringende kontrakt, og et erstatningskrav ut over en restitusjon av kjøpesummen (heving) ville således stille kjøperen i en bedre situasjon enn om avtalen hadde blitt korrekt oppfylt. Fraktomkostningene ville jo kjøper ha måttet betale uansett. Likevel fikk kjøper medhold både i byretten og i Høyesterett.

Byrettens dommer la vekt på at selgeren, ved å sende de 50 syke blårevne, hadde handlet uaktsomt.¹⁶⁵ Etter dommerens mening ville sykdommene ha vært oppdaget etter en «samvittighetsfull undersøkelse». Når så var tilfellet «antages selgeren derved forpliktet til å erstatte kjøperen de direkte utgifter denne har hatt med frakten fra Amerika, karanteneutgifter og foring uten hensyn til om kjøperen muligens ellers på grunn av de nedadgående tider har hatt en

¹⁶¹ Under domsforhandlingen i byretten frafalt selgeren krav om betaling for de leverte og ikke-leverte blårevne.

¹⁶² Ekstraordinære omkostninger eller utlegg er omkostninger som oppstår direkte ved kontraktsbruddet, se Hagstrøm (2011) s. 558 flg.

¹⁶³ Rt. 1938 s. 602 på s. 607.

¹⁶⁴ I.c.

¹⁶⁵ Ibid. s. 609.

fordel av at kjøpet av blårevene heves».¹⁶⁶ Dette resonnementet ble begrunnet med at selgeren «ved sitt rettsstridige forhold» hadde «påveltet kjøperen omkostninger som han [selgeren] måtte forstå vilde påløpe, og som han burde ha forstått kjøperen muligens ikke vilde få noget igjen for gjennom de leverte dyr ...».¹⁶⁷ Og når så var tilfellet var selgeren erstatningsansvarlig «uten at han har nogen rett til å påberope sig at kjøperen hadde inngått en ufordelaktig kontrakt og ellers hadde fordel av at den ikke kom istand».¹⁶⁸ Med andre ord mente byrettens dommer at prinsippet om compensatio ikke kunne få anvendelse på en sak som denne, hvor selgeren, foruten å ha vesentlig misligholdt sin hovedforpliktelse, hadde begått et rettsbrudd ved uaktsomt å misligholde sin biforpliktelse om varsle den norske kjøperen om dyrenes tilstand.

I Høyesterett kunne førstvoterende, med støtte av fem av de seks andre dommerne, «vesentlig slutte»¹⁶⁹ seg til byrettens begrunnelse, og tilkjente kjøperen erstatning for de kr 10.000. Dette ble begrunnet med at manglene ved blårevene «vilde ha latt sig konstatere ved en tilstrekkelig omhyggelig undersøkelse».¹⁷⁰ Flertallet i Høyesterett mente altså selgeren hadde opptrådt erstatningbetingende ved ikke å oppdage og varsle kjøperen om at dyrene led av sykdommer før forsendelsen. Som begrunnelse for standpunktet ble det vist til professor Stangs bok «Erstatningsansvar» side 325-326.¹⁷¹

Et spørsmål som oppstår i forlengelse av denne dommen er hvorfor kjøperen i et tilfelle som dette skal kunne kreve erstatning som stiller ham bedre enn om avtalen hadde blitt korrekt oppfylt.

Slik jeg vurderer det, er det minst tre grunner til dette.¹⁷² 1) Blårevdommen gjaldt et tilfelle hvor kjøperen hadde rett til å heve avtalen, før det tap han krevde å få erstattet var påført ham, men hvor kjøper ikke hadde mulighet til å heve fordi han var uvitende om at kontraktsgjenstanden led av en hevingsberettiget mangel.¹⁷³ Når så er tilfellet kan det for det første anføres at det ikke er en *sammenheng* mellom fordel og tapet.¹⁷⁴ Fordelen i blårevdommen var å

¹⁶⁶ l.c.

¹⁶⁷ l.c.

¹⁶⁸ l.c.

¹⁶⁹ Ibid. s. 603.

¹⁷⁰ l.c.

¹⁷¹ Det Stang (1927) skriver på side 325-326 behandles under overskriften «Fordelen kommer bare i betragtning hvis de er foraarsaket av den ansvarsbetingende begivenhet, og foraarsakelsen er adækvat.»

¹⁷² Iversen (2000) s. 747-748.

¹⁷³ Etter alminnelig obligasjonsrett kan en kjøper heve et kjøp såfremt mangel utgjør et vesentlig kontraktsbrudd, se Hagstrøm (2011) s. 425-465.

¹⁷⁴ Stang (1927) s. 326, Øvergaard (1951) s. 344.

kunne heve den tapsbringende avtalen, og tapet var fraktomkostningene og karantene- og dyrlegeutgiftene. Fordelen oppsto dermed på grunn av at selger vesentlig misligholdt realytelsen, mens tapet oppsto som følge av at selgeren misligholdt varslingsplikten.¹⁷⁵ Det kan derfor sies at minimumsvilkåret om årsakssammenheng mellom fordel og tap ikke forelå og at dette i seg selv er grunn nok til å avskjære compensatio.¹⁷⁶ 2) Det andre hensyn som tilsier at det ikke skal skje fradrag for fordel i et tilfelle som i blårevdommen, er en betraktning om at selgeren ikke bør tjene på grunn av kjøpers uvitenhet. For hvis kjøperen i blårevdommen hadde hevet før han hadde pådratt seg fraktomkostningene ville han ha vært i samme økonomiske situasjon som han kom i etter å ha blitt tilkjent erstatning.

For det tredje kan det argumenteres for at den regel som følger av Rt. 1938 s. 602 vil kunne virke *preventivt*. Om fordelsfradrag skulle gjøres i et tilfelle som dette, kunne selgeren ha unnlatt å oppfylle sin sekundærforpliktelse uten å risikere økonomiske konsekvenser. Årsaken er at debitor da fritt kunne unnlate å varsle kreditor om oppfyllelseshindringen uten å komme i ansvar såfremt utgiftene ikke oversteg fordelene kreditor oppnådde ved å heve den tapsbringende avtalen.¹⁷⁷ Et selvstendig ansvarsgrunnlag hvor det ikke gjøres fradrag er derfor nødvendig for å sikre at plikten om å gi forsvarlig varsel blir oppfylt.¹⁷⁸ Rene skyldbetraktninger må også sies å kunne tilsi at det ikke skulle gjøres fradrag, idet en debitor som har handlet culpøst har en noe mindre beskyttelsesverdig posisjon enn den debitor som er ansvarlig på objektivt grunnlag. Vektige reelle hensyn tilsier at resultatet i blårevdommen er rimelig, og dette synes å ha støtte i en nærmest samstemt juridisk teori.¹⁷⁹

Det kan spørres om ikke resonnementene bak resultat i blårevdommen kan generaliseres ytterligere: Er det grunnlag for å hevde at den kreditor som har hevingsrett før han enten lider et tap eller blir påført en fordel - men som er uvitende om denne retten på tidspunktet hvor fordelene oppnås eller tapet påføres - på generelt grunnlag har rett på erstatning uten at det gjøres fradrag etter læren om compensatio? Situasjonen vil kunne være som følgende:

¹⁷⁵ I motsatt retning Augdahl (1978) s. 244-245 fotnote 8, hvor han uttaler at «[i]n casu var jo fordelene (at A slapp fra kontrakten) forårsaket ved den ansvarsbetingende begivenhet – misligholdet». Denne betraktning kan ikke være korrekt. Den hevingsberettigede begivenhet var manglene ved revene, mens den erstatningsbetingende begivenhet var misligholdet av varslingsplikten. Augdahls gjennomgang av dommen på s. 244 gir grunn til tro at han går glipp av distinksjonen mellom misligholdet av hovedforpliktelsen (leveringen av revene) og misligholdet av biforpliktelsen (varslingsplikten). Denne glippen fremgår videre av at han er enig i det prinsipielle poeng i at det ikke skal gjøres fradrag ved culpa in contractu, se s. 250-251

¹⁷⁶ Dette er det poeng Stang fremhever i «Erstatningsansvar» (1927) side 325-326 og det vi må anta var Høyesteretts reelle begrunnelse i blårevdommen. Se også Lassen (1917-20) s. 460

¹⁷⁷ Fleischer (1967) s. 48-49, Hellner (1966) s. 328-329.

¹⁷⁸ Brækhus (1947) s. 533-534.

¹⁷⁹ Fleischer (1959) s. 49, Hagstrøm (2011) s. 575, Krokeide (1979) s. 221-222, Brækhus (1947) s. 533. Motsatt Lassen (1917-1920) s. 460-461.

- 1) Kjøper har en hevingsrett, men er uvitende om den
- 2) Kjøper blir enten påført et tap (f.eks. fraktkostninger) eller en fordel (f.eks. et prisfall i markedet)
- 3) Kjøper får varen i sin besittelse og blir på det tidspunktet klar over sin hevingsrett.

Det konkrete spørsmålet er om kjøperen kan kreve erstatning for de normale omkostningene, også i tilfeller hvor det ikke foreligger brudd på noen biforpliktelse, uten at det gjøres fradrag for fordelene kjøper oppnår ved å heve.

I dansk rett antas det at det ikke skal gjøres fradrag i tilfeller som dette.¹⁸⁰ For norsk retts vedkommende er spørsmålet ikke blitt diskutert, utover at Hagstrøm har uttalt at «[s]ynspunktene må ha gyldighet også etter norsk rett».¹⁸¹ Det kan imidlertid spørres om det virkelig er grunnlag for å opprettholde et slikt standpunkt i norsk rett. For det første er det uklart hva som skulle være grunnlaget for å kunne kreve erstatning for de normale omkostningene i et tilfelle som dette. Typetilfellet som diskuteres nå forutsetter jo at det ikke foreligger et brudd på en biforpliktelse. Og hvis standpunktet fra dansk rett skulle ha gyldighet også i norsk rett måtte det forutsette at resultatet i blårevdommen hadde blitt det samme om selgeren ikke hadde opptrådt klanderverdig. Det foreligger imidlertid ikke noe rettskildemessig grunnlag for et slikt standpunkt, all den tid Høyesteretts ratio decidendi i blårevdommen nettopp var selgerens klanderverdige opptreden. Av denne grunn er det vanskelig å tenke seg at dette unntaket fra læren om compensatio i det hele tatt skal kunne ha noen praktisk funksjon, ettersom det ikke ville vært grunnlag for å kreve erstatning overhodet.¹⁸² Om det derimot legges til grunn at kreditor ville hatt et grunnlag for sitt erstatningskrav, er det på den annen side meget gode grunner for at det ikke skal gjøres fradrag. Synspunktene blir da så å si de samme som de som ble anført til støtte for at det ikke skulle gjøres fradrag i et tilfelle som blårevdommen: Det foreligger for det første ikke årsakssammenheng mellom fordelene og tapet, fordi fordelene oppsto som følge av hevingen, mens tapet skyldtes omkostninger i tillit til at kontrakten skulle bli korrekt oppfylt.¹⁸³ Det annet synspunkt er at debitor ikke bør få tjene på kreditors uvitenhet.¹⁸⁴

En annen dom som kan nevnes i denne sammenheng er Rt. 2002 s. 1110.¹⁸⁵ Dommen kan brukes som eksempel på to viktige poeng i forbindelse med læren om compensatio. 1) For det første gjaldt dommen et tilfelle hvor debitor hadde utvist uaktsomhet allerede ved kontraktslutningen, ofte omtalt som *culpa in contrahendo*.¹⁸⁶ Dette skiller dommen fra Rt. 1938 s. 602, som gjaldt et tilfelle av *culpa in contractu*. Reglene er likevel nokså like: Det nærmere innholdet av ansvarsgrunnlaget *culpa in contrahendo* er at debitor har en varslingsplikt allerede ved kontraktsinngåelsen, hvis han var eller burde være klar over at avtalen ikke kunne gjennomføres i samsvar med kreditors intensjoner.¹⁸⁷ 2) Det andre poenget dommen viser er

¹⁸⁰ Iversen (2000) s. 747-748, Ussing (1961) s. 157, Hagstrøm (2011) s. 576.

¹⁸¹ Hagstrøm (2011) s. 576. Fleischer (1959) s. 43 er uklar, men kan muligens forstås slik at han også er enig i synspunktet.

¹⁸² Det er verdt å merke seg at Ussing (1961) s. 155-157 tar opp problemstillingen i tilknytning til en diskusjon om culpa in contrahendo. I dansk rett åpnes det som nevnt også for å kreve normale omkostninger erstattet innenfor forventningsinteressen.

¹⁸³ Iversen (2000) s. 748.

¹⁸⁴ I.c.

¹⁸⁵ Det er noe unyansert å omtale denne dommen i en diskusjon om tapsbringende kontrakter, men poenget i denne sammenheng er at det må legges til grunn at tillitsinteressen i den konkrete saken oversteg oppfyllelsesinteressen. Se også Iversen (2000) s. 756.

¹⁸⁶ Hagstrøm (2011) s.475-476 og s. 575, Bruserud (2002) s. 172 flg., Simonsen (1997) s. 151-155, Brækhus (1947) s. 526, Augdahl (1978) s. 245, Munch-Petersen (1898) s. 4, s. 221, Rt. 1925 s. 215 på s. 218, Rt. 1921 s. 257 på s. 258.

¹⁸⁷ Krokeide (1979) s. 222, Hagstrøm (2011) s. 542 og 575, Bruserud (2002) s. 172 flg., Ussing (1961) s. 155 flg.

at culpa in contrahendo gir rett til å kreve erstatning for den negative kontraktsinteresse. I den juridiske teori er det enighet om at compensatio er utelukket for tilfeller av culpa in contrahendo.¹⁸⁸

Konkret gjaldt Rt. 2002 s. 1110 kjøp av et aksjeselskap ved overtakelse av samtlige aksjer i selskapet for en samlet pris på kr. 3 600 000. På grunn av mangler ved selskapets egenkapital, samt en fordring på kr. 2 162 344, fikk kjøperen medhold i at det forelå en hevingsberettiget mangel.¹⁸⁹ Erstatningskravet, som saken også omhandlet, gjaldt utgifter til revisor og advokat i forbindelse med inngåelse av avtalene og gjennomføringen av kjøpet. En enstemmig Høyesterett tilkjente erstatning med følgende begrunnelse:

«På samme måte som ved ugyldige avtaler, vil det ved heving kunne bli spørsmål om å tilkjenne erstatning for tap og utgifter som er en direkte følge av kontraktsinngåelsen. Det må likevel foreligge et særskilt ansvarsgrunnlag for å statuere erstatning for slikt tap.

*Det gjør det etter min mening her. Selgerne har som tidligere nevnt latt seg representere ved Blyverket i de forutgående forhandlinger med Bodum. **Han har opptrådt klanderverdig** ved å ha skapt inntrykk av at det var reell substansverdi i Kjøkkenpartneren og særlig ved å unnlate å opplyse om det irregulære mellomværendet med Eva Norge. Selv om ankemotpartene ikke kan anses å ha hatt slik kunnskap, må disse etter omstendighetene identifiseres med Blyverket, jf. hva jeg allerede har uttalt om hevingsspørsmålet. Som jeg også har redegjort for, er det **lite trolig at kjøpet hadde kommet i stand om Blyverket hadde gitt Bodum de opplysninger Bodum hadde krav på**. Ut ifra disse forholdene foreligger det etter min mening grunnlag for erstatningskravet».*¹⁹⁰ (min uth.)

Som det fremgikk av det siterte ble kjøperen gitt medhold i erstatningskravet fordi selgerens representant hadde opptrådt klanderverdig, og det ble antatt at hvis riktige opplysninger hadde blitt gitt så hadde kontrakten ikke kommet i stand. Dette er et klassisk tilfelle av culpa in contrahendo.

Årsaken til at oppfyllelsesinteressen ikke danner maksimumsgrensen for kreditor erstatningskrav i tilfeller av culpa in contrahendo kan særlig begrunnes med prevensjonshensynet, idet en slik erstatningsregel vil oppmuntre til at det inngås avtaler som partene vet de kan oppfyl-

¹⁸⁸ Hagstrøm (2011) s. 575, Woxholth (2000) s. 197-198, Krokeide (1979) s. 222-223, Fleischer (1959) s. 47-48, Brækhus (1947) s. 533, Augdahl (1978) s. 245, Øvergaard (1951) s. 67, Simonsen (1997) s. 315.

¹⁸⁹ Rt. 2002 s. 1110 på s. 1120.

¹⁹⁰ Rt. 2002 s. 1110 på s. 1121.

le.¹⁹¹ Forretningslivet er ikke tjent med at kontraktsparter inngår avtaler de vet eller burde vite de ikke ville være i stand til å oppfylle. Læren om culpa in contrahendo tjener derfor som et insentiv til ikke å inngå slike avtaler. Videre er det her heller ikke årsakssammenheng mellom fordelen (heving på grunn av mangler) og tapet (omkostningene som er lidt på grunn av et uaktsomt rettsbrudd). En ren formell årsaksbetraktning tilsier da alene at det ikke skal gjøres fradrag i tilfeller av culpa in contrahendo.¹⁹²

Rt. 2002 s. 1110 er også noe interessant idet kreditor fikk erstatning for forhandlingsutgifter. Ved å bli tilkjent forhandlingsutgifter blir en kontraktspart ikke bare stilt som om noen avtale aldri hadde kommet i stand, han blir stilt som om det aldri hadde funnet sted noen forhandlinger overhodet.¹⁹³ Av denne grunn er Høyesteretts begrundelse noe unøyaktig siden disse utgiftene ikke var «en direkte følge av kontraktsinngåelsen.»¹⁹⁴

5.1.3.1 Særlig om ikke-økonomiske avtaler

Disse omkostninger kan kreves uavhengig av om kreditor kommer bedre ut enn om avtalen ble korrekt oppfylt. For øvrig vises det til drøftelsen over under punkt 5.1.2.1.

5.2 Fradrag i krav om erstatning for ekstraordinære omkostninger

5.2.1 Den positive og den negative interesse

Spørsmålet i det følgende er om fordelen ved å heve en tapsbringende kontrakt skal gå til fradrag i kreditors krav på erstatning for ekstraordinære omkostninger.

Med ekstraordinære omkostninger menes omkostninger som påløper *fordi* det foreligger et mislighold.¹⁹⁵ Her skiller ekstraordinære omkostninger seg fra normale omkostninger, ved at sistnevnte er omkostninger som hadde påløpt uavhengig av om kontrakten hadde blitt korrekt oppfylt eller ikke. Typiske eksempler på ekstraordinære omkostninger er utgifter til å konstatere at det foreligger en mangel, omkostninger i forbindelse med reklamasjon og omkostninger som kreditor påføres ved å begrense ytterligere tap.¹⁹⁶ Ekstraordinære omkostninger faller inn under den positive kontraktsinteresse,¹⁹⁷ men i visse tilfeller kan ekstraordinære omkostninger også falle inn under den negative kontraktsinteresse.¹⁹⁸

¹⁹¹ Fleischer (1959) s. 47-48.

¹⁹² Simonsen (1997) s. 315 er mer kritisk og anfører at «[k]ontraheringsculpa kan både betraktes som mislighold av oppfylleelsesplikten, og som brudd på en varslingsplikt».

¹⁹³ Brækhus (1947) 518-519.

¹⁹⁴ Rt. 2002 s. 1110 på s. 1121.

¹⁹⁵ Iversen (2000) s. 608, Hagstrøm (2011) s. 558-559.

¹⁹⁶ Iversen (2000) s. 608.

¹⁹⁷ Se Rt. 1933 s. 1114 på s. 1117-1118.

¹⁹⁸ Se Rt. 1938 s. 602. Den alminnelige oppfatning i norsk juridisk teori er at dommen gjaldt et tilfelle av negativ kontraktsinteresse. Hagstrøm (2011) s. 541 betegner utgifter i forbindelse med «frakt, karantene- og veterinæromkostninger ved import av livdyr fra utlandet» som oppfylleelsesutgifter som igjen, etter Hagstrøms

Problemstillingen om hvorvidt kjøper kan komme bedre ut enn om avtalen hadde blitt korrekt oppfylt ved å kreve erstatning for sine ekstraordinære omkostninger, kan best illustreres ved følgende eksempel:

En kjøper inngår avtale med en selger om levering av korn til kr. 10 000. Ved levering, konstaterer kjøper at kornet er råttent og følgelig ønsker kjøper å heve avtalen. I denne forbindelse blir kjøper påført omkostninger på kr. 1000 for å konstatere manglene ved kornet, samt kr. 1000 i forbindelse med selve reklamasjonen. Vi legger til grunn at prisen på korn synker i tiden etter undersøkelsen, slik at et tilsvarende parti nå koster kr. 8000. Kjøper oppnår således en fordel på kr. 2000 ved å kunne heve kjøpet. Spørsmålet blir da om kjøper kan kreve å få erstattet de ekstraordinære omkostningene han selv hadde på kr. 2000 i tillegg til restitusjonen på kr. 10.000 han får ved å heve kjøpet.¹⁹⁹ Hvis svaret på spørsmålet er ja, gjøres det ikke fradrag for den fordelen kreditor oppnår ved å kunne heve avtalen.

I både norsk og nordisk juridisk teori er det enighet om at det ikke skal gjøres fradrag for fordelen kreditor oppnår ved heving av en tapsbringende avtale i et krav om erstatning for ekstraordinære omkostninger.²⁰⁰ Spørsmålet om *compensatio* i et krav om ekstraordinære utgifter er således enklere enn spørsmålet om *compensatio* for normale omkostninger. Kreditor kan for det første kreve sine ekstraordinære omkostninger i de rettsbruddstilfellene som ble omtalt i blårevdommen i Rt. 1938 s. 602. Det forutsettes da at det foreligger et selvstendig ansvarsgrunnlag for mislighold av en biforpliktelse ved siden av hovedforpliktelsen. Når så er tilfellet, kan kreditor både kreve erstattet sine normale og ekstraordinære omkostninger.²⁰¹ I blårevdommen knyttet de ekstraordinære omkostningene seg karantene- og veterinæromkostninger, og disse ble erstattet uten at det ble gjort fradrag for den fordel kreditor oppnådde ved å heve den tapsbringende avtalen. Begrunnelsen for at det ikke gjøres fradrag, er den samme som for de tilfellene hvor det ikke gjøres fradrag for normale omkostninger.²⁰² I tillegg må prevensjonshensynet nevnes. Det er derfor rimelig at det ikke gjøres fradrag i tilfelle av brudd på en varslingsplikt.

Men standpunktet om at det ikke skal gjøres fradrag ved erstatning for ekstraordinære omkostninger gjelder imidlertid i alle tilfeller, ikke kun i de tilfellene det foreligger brudd på en

syn, faller inn under den negative kontraktsinteresse. Se mer om dette Brækhus (1947) s. 524 og Almén (1960) s. 326. Simonsen (1997) s. 303 anfører at ekstraordinære utgifter funksjonelt er en del av den negative kontraktsinteresse siden utgiftene «*fastsettes uavhengig av kontraktsytelsen*».

¹⁹⁹ Eksempelet er en forenkling av et lignende eksempel fra Torsten Iversen s. 765.

²⁰⁰ Torsten Iversen (2000) s. 765, Krüger (1989) s. 836, Hellner (1966) s. 328-329.

²⁰¹ Rt. 1938 s. 602, Arnholm (1966) s. 293.

²⁰² Ussing (1961) s. 149.

varslingsplikt.²⁰³ Begrunnelsen for denne regelen er at de ekstraordinære omkostningene i alle tilfeller er påført som følge av misligholdet, og uavhengig av hvor profitabel avtalen ville ha vært for kreditor, så lider han et tap ved å bli påført de ekstraordinære omkostningene.²⁰⁴ Det er derfor rimelig at det ikke gjøres fradrag i et krav på erstatning for ekstraordinære omkostninger.²⁰⁵ Særlig styrke har dette argumentet i de tilfeller hvor kreditor, før selve hevingsoppgjøret, er blitt påført utgifter i forbindelse med at han har tatt omsorg for den mangelfulle ytelser.²⁰⁶ Videre tilsier sterke rimelighetshensyn at det ikke gjøres fradrag i de tilfeller kreditor, på grunn av debtors mislighold, har måtte betale for utgifter som etter kontraktsforholdet mellom partene påhvilde debitor.²⁰⁷

Til tross for denne enstemmigheten i nordisk teori foreligger det kun to nordiske dommer om problemstillingen.²⁰⁸ Den ene, Rt. 1938 s. 602, er allerede nevnt, men den andre dommen, Rt. 1933 s. 1114, er av flere grunner også interessant.

Dommen gjaldt et tilfelle av *culpa in contrahendo*, altså det samme ansvarsgrunnlaget som i Rt. 2002 s. 1110. Det er enighet i norsk juridisk teori om at *compensatio* er utelukket både for tilfeller av *culpa in contrahendo* og *culpa in contractu*, uavhengig av om det er snakk om ekstraordinære eller normale omkostninger.²⁰⁹

Saksforholdet var i korte trekk at rederiet A/S Venborg inngikk en avtale med Den Skandinaviske Vest-India Linje A/S, om at sistnevnte skulle befrakte dampskipet «Solhaug», for en rundreise til Vestindia. Befrakteren skulle etter avtalen betale £ 1090 per måned, og tidscertepartiets varighet var på seks måneder.²¹⁰ Grunnet manglende betalingsevne valgte befrakteren den 13./14. juni 1929 å innstille sine betalinger, og selskapet gikk kort tid etter konkurs. Som følge av dette misligholdet måtte rederiet utbetale alle havneavgifter, losning m.m og på egen bekostning besørge de forskjellige varepartiene videresendt til bestemmelsesstedene. Etter at skipet, den 8. juli 1929, ble stilt til rederiets disposisjon, ble skipet igjen bortfraktet til et annet selskap. Rederiet krevde så sine tap og utlegg erstattet fra styremedlemmene i Den Skandinaviske Vest-India Linje A/S. Formelt sett er derfor ikke Rt. 1933 s. 1114 en kontraktsrettslig avgjørelse, da partene i saken var rederiet på den ene side og styremedlemmene, og altså ikke

²⁰³ Iversen (2000) s. 766.

²⁰⁴ Ibid. s. 766, Ussing (1961) s. 149.

²⁰⁵ Krüger (1989) s. 836-837.

²⁰⁶ Ibid. s. 836-837, Stang (1927) s. 326-327, Woxholth (2000) s. 196.

²⁰⁷ Iversen (2000) s. 767-768.

²⁰⁸ Ibid. s. 766.

²⁰⁹ Hagstrøm (2011) s. 575, Woxholth (2000) s. 197-198, Krokeide (1979) s. 222-223, Fleischer (1959) s. 47-48, Brækhus (1947) s. 533. Motsatt Almén (1960) s. 328.

²¹⁰ Et tidscerteparti er en avtale om tidsbefraktning.

selskapet, på den annen side. Argumentasjonen i Høyesterett gjør det derimot klart at parts-konstellasjonen ikke hadde noen betydning for resultatet i dommen.²¹¹

Spørsmålet Høyesterett skulle ta stilling til var om det i erstatningsutmålingen skulle gjøres fradrag for den fordel A/S Venborg hadde oppnådd ved å kunne leie ut «Solhaug» til en ny bortfrakter i den gjenstående delen av certepartiet. Styremedlemmene påsto prinsipalt at denne fordelingen skulle føre til at de skulle frifinnes for hele erstatningskravet, og anførte at: *«Rettsforholdet dem imellem efter tidscertepartiet maa nemlig ikke begrenses til den dag, da rederiet paa grunn av befrakterens misligholdelse av fraktbetalingen tok baaten 'Solhaug' tilbake, men maa opgjøres helt frem til tidscertepartiets avtalte slutningsdag»*.²¹² Og videre ble det påpekt at rederiet *«i den gjenstaaende del av tidsrummet»* hadde *«tjent saa godt paa grunn av stigende frakter, at det forvoldte tap ved linjens sammenbrudd er fullt ut dekket»*.²¹³ Denne argumentasjonen førte derimot ikke frem.

Førstvoterende, dommer Motzfeldt, la til grunn at A/S Venborg *«i den gjenstaaende del av certepartiets løpetid»* hadde *«hatt en merfortjeneste som opveiet tapet»*.²¹⁴ Med andre ord hadde Den Skandinaviske Vest-India Linje A/S sitt mislighold av tidscertepartiet muliggjort en fortjeneste for A/S Venborg. Førstvoterende formulerte sakens problemstilling som et spørsmål om den merfortjeneste A/S Venborg hadde hatt skulle gå til fradrag (*«bringes i motregning»*)²¹⁵ i erstatningskravet. Ved besvarelsen av dette spørsmålet ble det presisert at rederiet begrenset sitt erstatningskrav til fraktsummen frem til den tid rederiet fikk skipet til sin disposisjon, samt erstatning for nødvendige utlegg for befrakteren.

I et kort obiter dicta uttalte førstvoterende at han ikke anså det tvilsomt at om saken hadde stått mellom rederiet og befrakteren, så ville befrakteren ikke ha kunnet bringe den senere merfortjenesten i fradrag. Og det at rederiet, heller enn å gå på befrakteren, krevde erstatning fra styremedlemmene kunne ikke forandre på det. Begrunnelsen for resultatet var *reelle hensyn*, nemlig hva som ville være rimelig i den konkrete sak: *«Det vilde være støtende om den som har begaaet rettsbruddet, skulde kunne kreve hele certepartitiden tatt i betraktning og saaledes benytte rederens kapital og arbeide til at oparbeide hans tap og forminske sitt ansvar»*.²¹⁶

²¹¹ Hagstrøm (2011) s. 575.

²¹² Rt. 1933 s. 1114 på s. 1117.

²¹³ I.c.

²¹⁴ I.c.

²¹⁵ Ibid. S. 1116.

²¹⁶ Rt. 1933 s. 1114 på s. 1117.

Det er flere grunner til at dommens resultat må anses korrekt. For det første kommer ikke fordelsfradrag på tale ved culpa in contrahendo.²¹⁷ Årsaken til dette er som nevnt at fordelen kreditor oppnådde ved å heve og det tap han ble påført, skyldtes to forskjellige begivenheter. Fordelen skyldtes at kreditor hevet fraktavtalen på grunn av bortfrakterens manglende betaling, mens det påførte tapet skyldtes bortfrakterens culpa ved kontraktsinngåelsen.²¹⁸ Dette er en rent formell begrunnelse idet minimumsvilkåret om årsakssammenheng ikke er oppfylt i tilfeller av culpa in contrahendo. Videre kan det hevdes at den medkontrahent som har utvist skyld har en mindre beskyttelsesverdig posisjon enn den debitor som er erstatningsansvarlig på objektivt grunnlag. Betraktninger av denne art synes å ha vært helt avgjørende for resultatet da flertallet fant at det ville være «*støtende*» om den som har «*begaat rettsbruddet*» skulle få begrenset sitt erstatningsansvar.

Men også uavhengig av om bortfrakteren hadde utvist skyld er det gode grunner til at rederen burde få erstatning for sine utlegg, uten at det ble gjort fradrag. Bortfrakterens mislighold førte til at rederen ble tvunget til å betale for omkostninger som etter partenes avtale pålå bortfrakteren. I et slikt tilfelle er det som nevnt sterke legislative grunner til at det ikke bør gjøres fradrag.²¹⁹ Det er verdt å merke seg at rederiet betalte for omkostningene for å hindre at skipet ble satt i arrest, og da nærmest ble tvunget til å foreta utleggene. Videre er det av betydning at bortfrakteren allerede før misligholdet hadde opptjent en stor del av tidscertepartiets inntekter. Ikke bare ble rederiet tvunget til å legge ut for omkostninger som etter partenes avtale pålå bortfrakteren, men omkostningene var også årsaken til at bortfrakteren på forhånd hadde opptjent sine inntekter: Inntektene ble opptjent under forutsetning av at bortfrakteren senere skulle betale omkostningene som rederiet ble påtvunget til å betale.²²⁰ Når så rederiet måtte betale omkostningene er det ikke overraskende at flertallet i Høyesterett valgte å tilkjenne erstatning uten å gjøre noe fradrag. Dette gjelder òg for de omkostningene rederiet krevde erstatning for som ikke pålå bortfrakteren, men som rederiet ble påført som en følge av bortfrakterens mislighold.

En mulig innvending mot argumentene for at det ikke skal gjøres fradrag i tilfeller av culpa in contrahendo, er at det kan anføres at kreditor ville ha inngått en like tapsbringende avtale med en tredjemann.²²¹ Dette argumentet har imidlertid ikke ført frem i norsk rett. Hva som konkret er grunnen til dette er derimot noe uklart. En mulighet er at bortfrakteren i Rt. 1933 s. 1114

²¹⁷ Hagstrøm (2011) s. 575.

²¹⁸ Øvergaard (1951) s. 343-344.

²¹⁹ Krokeide (1979) s. 216-217, Augdahl (1978) s. 243.

²²⁰ Iversen (2000) s. 767-768.

²²¹ Hagstrøm (2011) s. 575, Krokeide (1979) s. 223, Woxholth (2000) s. 197-198, Iversen (2000) s. 750, Augdahl (1978) s. 248 fotnote 15.

rett og slett ikke greide å oppfylle det strenge beviskravet som gjelder for hypotetiske hendelsesforløp.²²² I den juridiske teori er dommen imidlertid forstått slik at kreditor på generelt grunnlag har fordelen av det hypotetiske hendelsesforløpet.²²³

5.3 Fradrag ved krav om erstatning for fortjenestetap

5.3.1 Når kjøper krever erstatning for fortjenestetap

Spørsmålet i det følgende er om det skal gjøres fradrag i et krav på erstatning for fortjenestetap hvis kjøper oppnår en fordel ved å kunne kjøpe varen til en billigere pris på grunn av et prisfall i markedet.

Kjøpers krav på erstatning for tapt fortjeneste ved heving utgjør differansen mellom den salgssum som kunne vært oppnådd ved et videresalg og kjøpesummen ved den misligholdte avtalen, minus sparte omkostninger i forbindelse med de to avtalene.²²⁴

Et praktisk eksempel hvor fradrag kan være aktuelt, vil være som følger:

En kjøper (A) og en selger (H) inngår avtale om kjøp av korn som kjøperen skal videreselge til en annen kjøper (B). På grunn av forsinkelse fra H kommer A selv i mislighold overfor B, som selv velger å heve avtalen. A går dermed glipp av den fortjeneste han kunne oppnå i avtalen med B. A hever så avtalen med H og krever erstatning for tapt fortjeneste. Det forutsettes at det i tiden mellom inngåelsen av avtalen med H og Hs mislighold har skjedd et prisfall på kornmarkedet. Spørsmålet er om prisetallet innebærer en fordel som skal gå til fradrag i As krav på tapt fortjeneste fra H.²²⁵

Svaret er at det ikke skal gjøres noe fradrag. Årsaken til dette er at prisetallet i markedet ikke gir kjøperen en mulighet til å oppnå noen større fortjeneste ved et *nytt* videresalg. Kjøperen oppnår i realiteten ingen fordel ved prisetallet, fordi han nå må finne seg en ny kjøper å selge varen til, og denne kjøperen vil naturligvis kun gå med på en pris i samsvar med det nye lave prisnivået.²²⁶ Følgelig skal det ikke gjøres noe fradrag for noen fordel, ganske enkelt fordi kjøperen reelt sett ikke har oppnådd noen fordel.

²²² Rt. 2000 s. 679 på s. 689, Hagstrøm (2011) s. 576.

²²³ Iversen (2000) s. 750, Krokeide (1979) s. 223. Motsatt Simonsen (1997) s. 348-349.

²²⁴ Krokeide (1979) s. 203, Hagstrøm (2011) s. 563, Ot.prp.80 (1986-86) s. 121-122.

²²⁵ Eksempelet er inspirert av Iversen (2000) s. 770.

²²⁶ Iversen (2000) s. 770-771.

5.3.2 Når selger krever erstatning for fortjenestetap

Spørsmålet som skal besvares nå er om det skal gjøres fradrag når en selger krever erstatning for fortjenestetap.

Selgers krav på erstatning for tapt fortjeneste beregnes etter nettofortjenesten som selgeren ville ha oppnådd ved salget og de normale omkostninger selgeren allerede har pådratt seg.²²⁷

Problemstillingen kan belyses med følgende eksempel: En selger og en kjøper inngår avtale om kjøp av korn. Kjøperen misligholder og selger hever så kjøpet. Det forutsettes at det mellom inngåelsen av avtalen og kjøperens mislighold har skjedd en prisstigning i markedet. Spørsmålet blir om det i selgerens krav på erstatning for tapt fortjeneste skal gjøres fradrag for denne verdistigning. Årsaken til at spørsmålet stilles er at selgeren nå kan oppnå økt fortjeneste ved å selge varen til en ny kjøper.

I et tilfelle som dette skal det gjøres fradrag.²²⁸ Selger vil, etter hevingen, sitte igjen med en vare som han nå kan selge til en høyere verdi, og selgeren vil dermed oppnå en høyere fortjeneste på grunn av verdistigningen. Hadde det ikke blitt gjort fradrag for denne verdistigningen ville selgeren kunne fått dobbel fortjeneste; Først erstatning for fortjeneste og deretter en fortjeneste ved et nytt salg av varen. Dette ville stride imot hensynene bak reglene om erstatning for tapt fortjeneste.

5.4 Fradrag i krav om erstatning for prisforskjell ved dekningstransaksjon

I det følgende drøftes det om det skal gjøres fradrag når en kreditor som krever erstatning for prisforskjellen ved en gjennomført dekningstransaksjon, samtidig oppnår en fordel ved å inngå en mer fordelaktig bikontrakt.

Følgende eksempel kan legges til grunn for denne drøftelsen: En kjøper inngår en avtale om levering av en vare (kontrakt 1A), som selgeren misligholder på en slik måte at kjøper velger å heve. Etter heving krever kjøperen erstatning for prisforskjellen ved en gjennomført dekningstransaksjon (kontrakt 2A). Vi legger til grunn at kontrakt 1A kostet kjøper kr. 100.000, mens kontrakt 2A kostet kjøper kr. 105.000. Kjøpers erstatningskrav blir da på kr. 5000. Dette er ukontroversielt, og følger direkte av kjøpsloven § 68. I den videre drøftelsen legges det imidlertid til grunn at kjøperen inngikk en fraktavtale (kontrakt 1B) i forbindelse med kontrakt 1A. Denne fraktavtalen omtales i det følgende som en bikontrakt. Videre forutsettes det

²²⁷ Krokeide (1979) s. 206.

²²⁸ Iversen (2000) s. 770-771.

at kjøper ansvarsfritt gikk fri fra denne bikontrakten i forbindelse med hevingen av kontrakt 1A. Samtidig med kontrakt 2A inngår kjøperen så en mer fordelaktig bikontrakt, kontrakt 2B. For eksempelets skyld legges det til grunn at den første bikontrakten kostet kr. 26.000, mens dens andre bikontrakten kostet kr. 20.000 (grunnet et prisfall i markedet). Kjøper har derfor oppnådd en fordel på kr. 6000 ved å inngå den nye og mer gunstige fraktavtalen. Denne fordelen overstiger også hele kjøpers erstatningskrav etter kjøpsloven § 68. Problemstillingen her er hvilke følger denne fordelene får for kjøpers rett til å kreve erstatning for prisforskjellen ved dekningsstransaksjonen. Tas det hensyn til fordelene, vil kjøpers samlede erstatningskrav være kr. 0.

Om denne problemstillingen kan det for det første sies at kjøpsloven § 68 ikke gir noe direkte svar. Lovens forarbeider nevner heller ikke det aktuelle scenarioet. Problemstillingen er heller ikke drøftet i norsk juridisk teori. Det rettslige spørsmålet om fradrag i dette tilfellet må derfor anses uavklart i norsk rett. Jeg vil likevel forsøke å skissere en løsning på problemstillingen.

For det første kan det sies at norsk rett ikke er ukjent med at det ikke skal gjøres fradrag for alle innvunne fordeler. Det er dermed ikke åpenbart at det skal gjøres fradrag i et tilfelle som dette. Riktignok foreligger det her *årsakssammenheng* mellom fordel og tap, og det er neppe problematisk at fordelene er en *adekvat* følge av misligholdet. Spørsmålet er dermed om det vil være *rimelig* at det foretas et slikt fordelsfradrag eller ikke.

Her er det naturlig å ta utgangspunkt i de bærende hensyn som ligger bak regelen om erstatning for prisforskjell ved en gjennomført dekningsstransaksjon. Det første som kan sies om regelen er at den er en retts teknisk enkel regel. De eneste vilkårene for å kreve erstatning, er at kreditor greier å bevise at dekningsstransaksjonen var gjort på en forsvarlig måte og innen rimelig tid.²²⁹ Er disse to vilkårene oppfylt, bestemmes erstatningskravets størrelse av differansen mellom de to transaksjonene. Selve erstatningsutmålingen blir dermed en relativt enkel prosess. Hvis en i tillegg skulle ta hensyn til utgiftsfordeler misligholdet påfører kreditor, ville det kunne gjøre erstatningsutmålingsprosessen mer komplisert enn regelen om prisforskjell ved en dekningsstransaksjon legger opp til.

Også bevisbetraktninger kan til en viss grad tilsi at det ikke gjøres fradrag, idet bevis om at kreditor er blitt påført en fordel vil kunne føre til dyrere og mer omfattende prosesser. I favør av at det skal gjøres fradrag, kan det imidlertid anføres at dette samsvarer med erstatningsrettens kompensatoriske formål. Dette er et grunnleggende hensyn som rettsanvenderen ikke kan se bort ifra. Dette innebærer imidlertid ikke at det kompensatoriske formålet i alle tilfeller vil

²²⁹ Kjøpsloven § 68.

veie tyngre enn de hensyn som tilsier at det ikke skal gjøres fradrag for innvunnet fordel: Hvert enkelt typetilfelle må vurderes hver for seg, og for erstatning etter prisforskjell ved dekningsstransaksjonen tilsier både retts tekniske betraktninger og prosessøkonomiske hensyn at det ikke gjøres fradrag. Dette er relevante reelle hensyn etter norsk rett.²³⁰ Videre er det mulig å argumentere for at fordel og tap i dette konkrete tilfellet ikke er komputable.

I dansk teori har en gått inn for at det *ikke* skal gjøres fradrag for den gevinst kreditor oppnår ved å inngå en mer fordelaktig bikontrakt når det kreves erstatning for prisforskjellen ved en dekningsstransaksjon.²³¹ Dette er igjen begrunnet i de samme hensyn som må anses relevante i norsk rett: Retts tekniske hensyn og bevisbetraktninger.

Da dansk og norsk rett er del av en felles nordisk rett vil den danske teori være av interesse for hvordan spørsmålet bør løses etter norsk rett. Særlig er dette tilfelle da det ikke foreligger relevante norske rettskilder, med unntak av reelle hensyn. Riktignok har den danske juridiske teori begrenset rettskildemessig vekt, men den er et relevant støtteargument for den løsning som hittil har blitt skissert; nemlig at det ikke skal gjøres fradrag.

Selv om løsningen på spørsmålet må anses uklar, er det i hvert fall mulig å argumentere for at det ikke skal gjøres fradrag i et tilfelle som dette, og det har også støtte i dansk juridisk teori.

5.5 Fradrag når kreditor hever en relativt tapsbringende kontrakt uten at debitor fører bevis for at prisen lå over markedspris eller er sunket siden

Spørsmålet som skal diskuteres nå er om det skal gjøres fradrag for den fordelen kreditor oppnår ved å inngå en mer fordelaktig kontrakt, hvis debitor ikke fører bevis for at den opprinnelige avtalen på avtaletidspunktet lå over markedspris, eller at markedsprisen senere har falt.

Dette typetilfellet forutsetter at den opprinnelige avtalen kun var tapsbringende relativt sett. Med andre ord innebærer ikke hevingen i seg selv noen netto gevinst for kreditor; den absolute fordelen oppnår kreditor først ved å inngå en ny og mer fordelaktig kontrakt. Hvis debitor ikke greier å føre bevis for at den første avtalen var absolutt tapsbringende da den ble inngått, eller at markedsprisen senere har falt, er det blitt hevdet at det ikke skal gjøres fradrag

²³⁰ Hagstrøm (2011) s. 576-577.

²³¹ Iversen (2000) s. 768-769.

for den fordel kreditor oppnår ved å inngå den nye avtalen.²³² Vi har imidlertid ingen rettspraksis som fastslår at dette er gjeldende rett. Følgelig beror spørsmål om fradrag i dette tilfellet på om de overordnede synspunkter ved læren om *compensatio* gjør seg gjeldende eller ikke.

Det første spørsmålet blir dermed om det foreligger årsakssammenheng mellom fordel og tap. Fordelen skyldes inngåelsen av den nye kontrakten, mens tapet må skyldes debtors kontraktsbrudd. Årsaken til at kreditor har kunnet inngå den mer fordelaktige kontrakten, trenger imidlertid ikke alene å skyldes debtors mislighold. Man kan tenke seg at fordelene ved å kunne inngå den nye kontrakten skyldes ren flaks for kreditor, alternativt at fordelene skyldes kreditors gode forretningsteft.²³³ Disse betraktningene omkring årsakssammenheng er årsaken til at en i dansk rett har lagt til grunn at fradrag ikke kommer på tale i tilfeller som dette.²³⁴ Opphevelsen av den første avtalen var ikke nødvendigvis en tilstrekkelig betingelse for at kreditor kunne inngå den nye avtalen. Følgelig må det kreves at debitor fører bevis for at den opprinnelige avtalen etter markedsforholdene enten var eller ble tapsbringende for kreditor, for at fordelene ved den nye avtalen skal gå til fradrag. Først i de tilfellene vil debitor kunne vise at hevingen var en tilstrekkelig årsak til at kreditor oppnådde en fordel, og da vil kravet til årsakssammenheng være oppfylt. De norske teoretikerne som har drøftet dette spørsmålet har antatt at disse synspunktene også må gjelde i norsk rett.²³⁵

En dansk dom publisert i Ufr. 1920 s. 305 V bygger muligens på betraktninger av denne art.²³⁶ En selger hevet et salg av en fast eiendom grunnet mislighold fra kjøpers side, og krevde blant annet erstatning for omkostninger i forbindelse med kjøpekontrakten. Kjøper protesterte og hevdet at selger oppnådde en fordel ved å kunne inngå en ny og mer fordelaktig avtale, og at denne fordelene måtte føre til at han ikke kunne kreve erstatning. Kjøpers innsigelse mot erstatningskravet førte imidlertid ikke frem. Av betydning var at kjøper hverken førte bevis for at den opprinnelige avtalen var absolutt tapsbringende eller at markedsprisen hadde steget etter inngåelsen av avtalen.²³⁷ Debitor hadde dermed ikke ført tilstrekkelig bevis for at det forelå tilstrekkelig årsakssammenheng mellom fordel og tap, og allerede av den grunn kunne ikke fordelsfradrag komme på tale. Selv om dommen er dansk og dermed har begrenset rettskildemessig vekt, har prinsipielle betraktninger av denne art betraktelig overføringsverdi også for norsk rett

²³² Iversen (2000) s. 749, Hagstrøm (2011) s. 576.

²³³ Iversen (2000) s. 749, Hagstrøm (2015) s. 513.

²³⁴ Iversen (2000) s. 749.

²³⁵ Hagstrøm (2011) s. 576, Christoffersen (2008) s. 618

²³⁶ Avgjørelsen er ikke tilgjengelig på <http://jura.karnovgroup.dk/product/43>, men finnes i trykt versjon.

²³⁷ Iversen (2000) s. 761

6 Avsluttende bemerkninger

Innledningsvis ble det hevdet at det ikke er grunnlag for å anføre at utgangspunktet i norsk kontraktsrett er at det skal gjøres fradrag for fordelene kreditor oppnår ved heving av en tapsbringende kontrakt.

Gjennomgangen hittil har vist at spørsmålet om fradrag er atskillig mer nyansert enn rene henvisninger til differanselæren og prinsippet om compensatio ved første øyekast kunne tilsi. Etter min vurdering er det særlig tre spørsmål rettsanvenderen må stille for å kunne avgjøre et konkret fradragsspørsmål: (1) Hvilken tapspost ønsker kreditor å kreve erstattet, (2) hvilket ansvarsgrunnlag bygger kreditor sitt erstatningskrav på, og (3) hvilken fordel krever debitor at skal gå til fradrag.

Først når disse tre spørsmål er besvart vil det være mulig å ta stilling til hvorvidt vilkårene om årsakssammenheng og adekvans er oppfylt, samt hvorvidt det vil være rimelig at det gjøres fradrag eller ikke. Løsningen på den konkrete rimelighetsvurderingen vil nødvendigvis måtte besvares ulikt avhengig av svarene på de tre spørsmålene.

7 Litteraturliste

7.1 Litteratur

- Almén (1960) Almén, Tore. *Om köp och byte av lös egendom*. 4. utg., ved Rudolf Eklund, 1960.
- Arnholm (1966) Arnholm, Carl Jacob. *Privatrett III Almindelig obligasjonsrett*, 1966.
- Augdahl (1978) Augdahl, Per. *Den norske obligasjonsretts almindelige del*, 5. utg., 1978.
- Bruserud (2002) Bruserud, Herman, «Bortfrakterens ansvar for skipets fysiske egenskaper. Ansvarsgrunnlagene», *Marius*, (2002) s. 1-140 (Sitert fra Lovdata)
- Brækhus (1947) Brækhus, Sjur, «En analyse og vurdering av den såkalte negative kontraktinteresse i nordisk kontraktrett», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, (1947) s. 515-536 (Sitert fra Lovdata).
- Christoffersen (2008) Christoffersen, Margrethe Buskerud. *Kjøp og salg av virksomhet – risiko og ansvar for mangler.*, 2008.
- Fleischer (1959) Fleischer, Carl August, «Den negative kontraktsinteresse», I: *Festskrift til Carl Jacob Arnholm*, 1959, s. 41-53 (Sitert fra Lovdata).
- Hagstrøm (2001) Hagstrøm, Viggo, «Compensatio lucri cum damno», *Jussens venner* (2001), s. 157-172 (Sitert fra Lovdata).
- Hagstrøm (2011) Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*, 2. utg., 2011.
- Hagstrøm (2015) Hagstrøm, Viggo, Are Stenvik. *Erstatningsrett*, 2015.

- Hellner (1966) Hellner, Jan, «Beräkning och begränsning av skadestånd vid köp», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, Årg. 79 (1966), s. 290-344
- Iversen (2000) Iversen, Torsten. *Erstatningsberegning i kontraktsforhold: et bidrag til undersøgelsen af de i dansk ret gældende principper for erstaningsberegningen i kontraktsforhold med særligt henblik på ikke-opfyldelse af aftaler om køb, leje og entreprise*, 2000.
- Iversen (2013) Iversen, Torsten, «Den negative og den positive interesse», *Tidsskrift for rettsvitenskap* Årg. 125 (2013), s. 449-474.
- Krokeide (1979) Krokeide, Kjetil, «Erstatningsberegningen ved ineffektive kontrakter», *Tidsskrift for rettsvitenskap* (1979), s. 132-flg. (Sitert fra Lovdata)
- Krüger (1989) Krüger, Kai. *Norsk kontraktsrett*, 1989.
- Lassen (1917-1920) Lassen, Jul. *Haandbog i Obligationsrettten Almindelig Del*, 3. utg., 1917-1920.
- Lødrup (2009) Lødrup, Peter. *Lærebok i erstatningsrett*, 6. utg., med bistand av Morten Kjelland, 2009.
- Monsen (2007) Monsen, Erik, «Fradrag for overvelting ved utmåling av erstatnings- og tilbakesøkningskrav?», *Tidsskrift for erstatningsrett* (2007), s. 195-232 (Sitert fra Lovdata).
- Munch-Petersen (1898) Munch-Petersen, «Den saakaldte «negative Kontraktsinteresse». *Et kritisk Bidrag*», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, Årg. 11 (1898) s. 1-35

Nygaard (2007)	Nygaard, Nils. <i>Skade og ansvar</i> , 6. utg., 2007.
Platou (1914)	Platou, Oscar. <i>Forelæsninger over udvalgte Emner af Privatrettens almindelige Del</i> , 1914.
Nørager-Nielsen (2008)	Nørager-Nielsen, Jacob, Søren Theilgaard, Michael Bjerg-Hansen, Martin Hørmann Pallesen. <i>Købeloven</i> , 2008.
Rodhe (1979)	Rodhe, Knut. <i>Lärobok i obligationsrätt</i> , 5. utg., 1979.
Simonsen (1997)	Simonsen, Lasse. <i>Prekontraktuel ansvar</i> , 1997.
Stang (1927)	Stang, Fredrik. <i>Erstatningsansvar</i> , 1927.
Truyen (2007)	Truyen, Filip, «Aksjeanalyse og informasjonsansvar», <i>Tidsskrift for rettsvitenskap</i> , (2007), s. 85-170 (Sisert fra Lovdata).
Tørum (2007)	Tørum, Amund Bjøranger, «Nordisk obligasjonsrett og dens betydning for norsk kontraktsrett», <i>Tidsskrift for rettsvitenskap</i> , (2007) s. 563-578 (Sisert fra Lovdata)
Ussing (1961)	Ussing, Henry. <i>Obligationsretten Almindelig Del</i> . 4. utg. ved A. Vinding Kruse, 1961.
Ussing (1962)	Ussing, Henry. <i>Erstatningsrett</i> , 6. utg., 1962.
Woxholth (2000)	Woxholth, Geir, «Berikelsesfradrag ved ineffektive kommersielle kontrakter», <i>Jussens Venner</i> (2000), s. 180-198 (Sisert fra Lovdata).
Øvergaard (1951)	Øvergaard, J. <i>Norsk erstatningsrett</i> , 2. utg., 1951.

7.2 Domsregister

7.2.1 Høyesterettsdommer

Rt. 1902 s. 811
Rt. 1903 s. 228
Rt. 1909 s. 730
Rt. 1920 s. 427
Rt. 1921 s. 72
Rt. 1921 s. 257
Rt. 1922 s. 663
Rt. 1923 II s. 336
Rt. 1925 s. 215
Rt. 1933 s. 1114
Rt. 1938 s. 602
Rt. 1939 s. 291
Rt. 1970 s. 1059
Rt. 1972 s. 449
Rt. 1981 s. 138
Rt. 1984 s. 28
Rt. 1988 s. 1078
Rt. 2000 s. 697
Rt. 2002 s. 1110
Rt. 2004 s. 675
Rt. 2007 s. 1415
Rt. 2009 s. 1412
Rt. 2013 s. 116

7.2.2 Tingrettsdommer

TSTAV-1998-401

7.2.3 Utenlandske dommer

UfR 1920.305 V

[2010] EWHC 2026 (Comm)

7.3 Lov- og forarbeidregister

1988

Lov 13 mai 1988 nr. 27 Lov om
kjøp [kjøpsloven]

Ot.prp.80 (1987-1988)

Lov om kjøp [kjøpsloven]